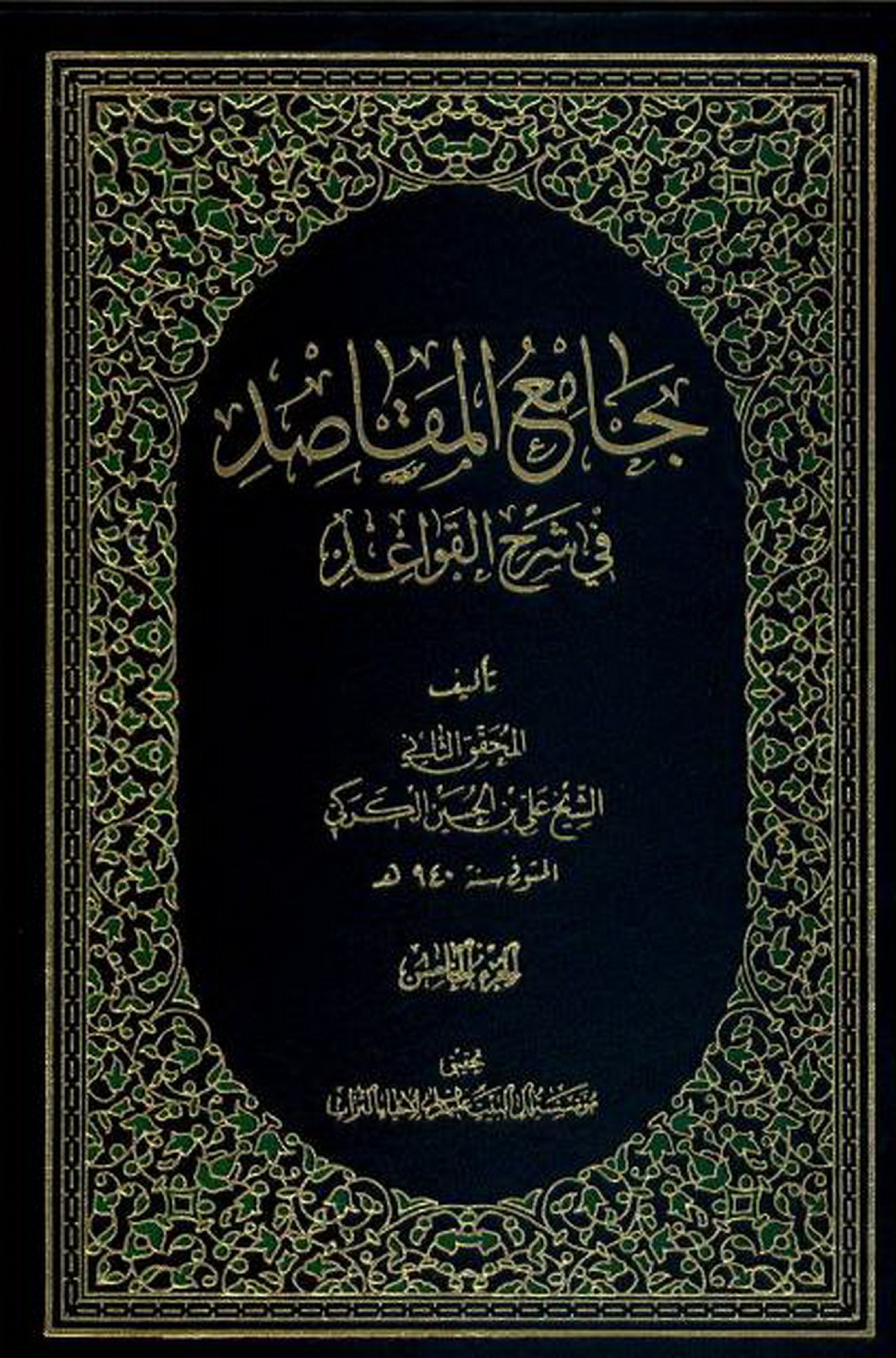


جامع المقاصد
في شرح القواعد
تأليف
المحقق الثاني
الشيخ علي بن الحسين الكركي
المتوفى سنة ٩٤٠ هـ
الجزء الخامس
تحقيق
مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث



جامع المقاصد

في شرح القواعد


مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی



جامع المقاصد

في شرح القواعد

تأليف

المحقق الثاني

الشيخ علي بن الحسين الكركي

المتوفى سنة ٩٤٠ هـ

الجزء الخامس

تحقيق

مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث

حقوق الطبع محفوظة

الطبعة الثانية

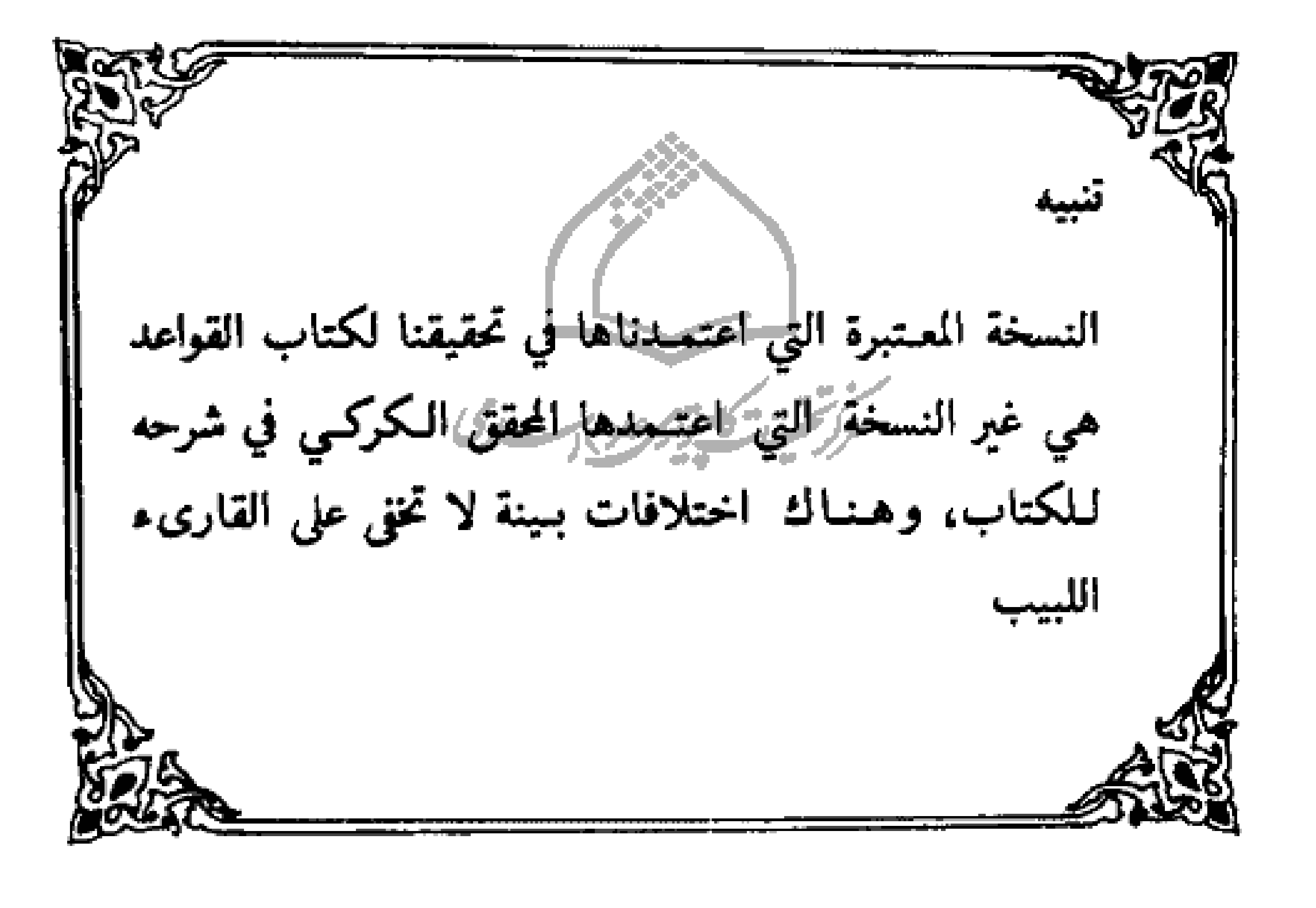
١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م

مركز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث

بيروت - لبنان - ص ب ٣٤ / ٢٤ - تلفاكس ٥٤١٤٣١ - هاتف ٥٤٤٨٠٥
E-mail:alalbayt@inco.com.lb


بسم الله الرحمن الرحيم



تنبيه

النسخة المعتبرة التي اعتمدناها في تحقيقنا لكتاب القواعد هي غير النسخة التي اعتمدها المحقق الكركي في شرحه للكتاب، وهناك اختلافات بينة لا تخفى على القارىء اللبيب

كتاب الدين وتوابعه

وفيه مقاصد :

الأول : في الدين ، وفيه مطلبان:

الأول : تكره الاستدانة اختياراً، وتخف الكراهة لو كان له ما يرجع اليه لقضائه،

قوله :(تكره الاستدانة اختياراً).

أي: مع الغناء عنها، وتتفاوت الكراهة بالشدة وضدها باعتبار كونه قادراً على الوفاء، أو له من يقضي عنه بعد الموت وعدمه، ففي الأخير تشتد ولا تحرم خلافاً لأبي الصلاح، حيث حرمها على غير القادر على القضاء[1] ، والأخبار الواردة في تغليظ أمر الاستدانة لا تبلغ التحريم[2] .

قوله : (وتخف الكراهة لو كان له ما يرجع اليه لقضائه).

ظاهر اطلاق العبارة يقتضي كراهة الاستدانة كراهة مخففة اذا كان له ما يقضي منه، سواء كان غنياً أو محتاجاً، ونحوه اطلاق عبارة الدروس[3] ، وفي التذكرة: نفي الكراهة مع الحاجة اذا كان له وفاء، أو كان له من يقوم مقامه في الاداء[4] .

ويمكن أن يكون قيد الاختيار في الأولى مراداً هنا، فلا تكون العبارة

---

(١) الكافي في الفقه: ٣٣٠.

(٢) الكافي ٥: ٩٥ حديث ١١، الفقيه ٣: ١١١ حديث ٤٦٨ ، التهذيب ٦: ١٨٣ حديث ٣٧٦.

(٣) الدروس: ٣٧٢.

(٤) التذكرة ٢: ٢.

وتزول مع الاضطرار اليه، فيقتصر على كفايته ومؤونة عائلته على الاقتصاد،

مطلقة، والرواية عن الرضا عليه السلام تدل على جواز الاستدانة مع الحاجة[١]، ورواية سلمة تدل على تقييد ذلك بوجود ما يوفي به، أو الولي الذي يقضي عنه[٢]، فحينئذ المعتمد ما في التذكرة.

قوله: (وتزول مع الاضطرار اليه).

أي: وتزول الكراهية مع الاضطرار الى الدين، فلا مرجع في اللفظ لهذا الضمير، ولو خاف على نفسه وعياله وجبت الاستدانة، يدل على الاول أن النبي صلى الله عليه وآله والحسنين عليهما السلام ماتوا وعليهم دين[٣]. والظاهر أنه لا فرق بين أن يكون له وفاء أو ولي وعدمه. نعم، لو تمكن من الصدقة حيث لا وفاء ولا ولي كرهت.

قوله: (فيقتصر على كفايته ومؤونة عائلته على الاقتصاد).

قد يستفاد من العبارة: الاقتصار في الاستدانة حينئذ على ما تندفع به حاجته، وإن لم يبلغ مرتبة الاقتصاد في النفقة، أما بالنسبة الى عياله فيستدين ما يبلغ مرتبة الاقتصاد، ولا يتجاوز الى التوسعة بناء على أن قوله: (على الاقتصاد) مقصور على مؤونة عائلته. ولو جعل قيداً فيها امكن أن تتخيل منافاة قيد الكفاية له، من حيث أن قيد الكفاية دون مرتبة الاقتصاد، إلا أن تنزل الكفاية على الكفاية عادة، فيكون لقيد الأقتصاد حينئذ موضع.

والذي ينبغي أن يقال: إن سقوط كراهية الاستدانة منوط بالحاجة، فالمقدار المحتاج اليه بالنسبة الى نفسه وعياله لا كراهية فيه، مع رعاية وجود أحد

---

(١) الكافي ٥: ٩٣ حديث ٣، التهذيب ٦: ١٨٤ حديث ٣٨١.
(٢) التهذيب ٦: ١٨٥ حديث ٣٨٣.
(٣) المحاسن: ٣١٩ حديث ٤٦، الكافي ٥: ٩٣ حديث ٢، الفقيه ٣: ١١١ حديث ٤٦٩، علل الشرائع: ٥٩٠ حديث ٣٧، التهذيب ٦: ١٨٣ حديث ٣٧٨.

مركز تحقيقات كامپيوتری علوم اسلامی

ويجب العزم على القضاء.

ويكره لصاحب الدين النزول عليه، فإن فعل فلا يقيم أكثر من ثلاثة أيام.

وينبغي له احتساب ما يهديه اليه مما لم تجر له به عادة من الدين، والأفضل للمحتاج قبول الصدقة ولا يتعرض للدين.

الأمرين: الوفاء، والولي، وما عداه يكره بغير تفاوت.

قوله: (ويجب العزم على القضاء).

بالنص والاجماع، فقد روي: أنه يعان عليه، وأنه ينقص من المؤونة بقدر نقصان النية[1].

قوله: (ويكره لصاحب الدين النزول عليه).

أي: على المديون، وإن لم يجرِ له ذكر بخصوصه؛ لدلالة ما سبق عليه.

قوله: (فان فعل فلا يقيم اكثر من ثلاثة أيام).

وحرم الحلبي ما زاد عليها[2]، والصحيح أنه مكروه كراهية شديدة، وفي رواية سماعة[3]، وغيرها: النهي عن اكل طعامه بعد الثلاثة[4]، وهي الكراهية الشديدة.

قوله: (وينبغي له احتساب ما يهديه اليه، مما لم تجر له به عادة من الدين).

هذا الحكم للاستحباب؛ لأمر علي عليه السلام بذلك[5]، وهو للاستحباب قطعاً؛ لأن الهدية يجوز[6] قبولها مطلقاً.

---

(١) الكافي ٥: ٩٥ حديث ١، الفقيه ٣: ١١٢ حديث ٤٧٣، التهذيب ٦: ١٨٥ حديث ٣٨٤.

(٢) الكافي في الفقه: ٣٣١.

(٣) الكافي ٥: ١٠٢ حديث ٢، الفقيه ٣: ١١٥ حديث ٤٩١، التهذيب ٦: ١٨٨ حديث ٣٩٤.

(٤) الكافي ٥: ١٠٢ حديث ١، التهذيب ٦: ١٨٨ حديث ٣٩٣.

(٥) الكافي ٥: ١٠٣ حديث ١، التهذيب ٦: ١٩٠ حديث ٤٠٤، الاستبصار ٣: ٩ حديث ٢٣.

(٦) في «م»: يجب، وما أثبتناه من النسخة الحجرية، وهو الصحيح.

ولو التجأ المديون الى الحرم لم تجز مطالبته، أما لو استدان فيه فالوجه الجواز.

قوله: (ولو التجأ المديون الى الحرم لم تجز مطالبته).

ظاهر هذه العبارة: أنه التجأ الى الحرم متحصناً به من المطالبة بالدين، اذ لا يقال لمن دخل حصناً اتفاقا، أو لحاجة أخرى، ولا لمن جاء شخصاً مهاباً لا لغرض التحصن به ملتجئاً اليه.

فعلى هذا لو دخل الحرم لنسك ونحوه،لا على قصد الالتجاء تجوز مطالبته اذا كان موسراً، واختاره في التحرير[١] وهو فتوى ابن ادريس[٢].

وذهب المصنف في المختلف: الى كراهية المطالبة وإن ادانه خارج الحرم[٣]. وألحق بعض الأصحاب مسجد النبي صلى الله عليه وآله والمشاهد المشرفة بالحرم[٤].

واطلاق قوله تعالى: (ومن دخله كان آمنا)[٥]، وصريح قول الصادق عليه السلام في الغريم يطوف: «لا تسلم عليه ولا ترغمه حتى يخرج من الحرم»[٦] يقتضي التحريم مطلقاً، وهو المتجه، لكن يُضيق على الممتنع بالحرم في المأكل والمشرب، بان يمنع منه ومن أسباب النقل كما دلت عليه الرواية[٧]، وقد سبق التنبيه عليها في كتاب الحج.

قوله: (أما لو استدان فيه فالوجه الجواز).

لأنّ سبب المطالبة ـ وهو الاستدانة ـ قد تحقق في الحرم.

فان قيل: قد بطلت سببيته بكونه في الحرم.

---

(١) تحرير الأحكام ١: ١٩٩.

(٢) السرائر: ١٦٢.

(٣) المختلف: ٤١٠.

(٤) منهم: أبوالصلاح في الكافي في الفقه: ٣٣١.

(٥) آل عمران: ٩٧.

(٦) الكافي ٤: ٢٤١ حديث ١، التهذيب ٦: ١٩٤ حديث ٤٢٣، وفيها: ولا تروعه.

(٧) الكافي ٤: ٢٢٨ حديث ٤، التهذيب ٥: ٤١٩ حديث ١٤٥٦.

ويجب على المديون السعي في قضاء الدين، وترك الإسراف في النفقة، بل يقنع بالقليل.

قلنا: فتمتنع المطالبة مطلقاً، وهو باطل بالاجماع.

فان قيل: بطلان سببيته ما دام في الحرم.

قلنا: اذا لم يستحق المطالبة حين القرض لم يستحقها أصلاً؛ لانتفاء سبب آخر يقتضيها.

فان قيل: اقتضى استحقاق المطالبة بعد الخروج.

قلنا: لا دليل على ذلك إلا عموم (ومن دخله كان آمنا)[1]. وليس التمسك به في هذا الفرد بأولى من التمسك بعموم النصوص الدالة على استحقاق المطالبة بالدين، والاجماع الواقع على ذلك، مع أن ذلك مفض الى منع المداينة في الحرم؛ لأن المدين اذا علم منعه من المطالبة امتنع من الادانة، وفي ذلك ضرر وتضييق على الناس، ولأن الجناية الواقعة في الحرم تجوز المطالبة بها، فالدين أولى؛ لانه اخف.

واعلم أن ظاهر عبارة المصنف: أن غير الملتجئ الى الحرم لا تحرم مطالبته، فقوله بعد ذلك: (اما لو استدان...) ليس بذلك الفصيح، فان المستدين في الحرم أحد قسمي غير الملتجئ.

قوله: (ويجب على المديون السعي في قضاء الدين).

ظاهر هذا الاطلاق وجوب السعي مطلقاً حتى بالتكسب، وسيأتي في أحكام الفلَس عدم وجوب التكسب عند المصنف، واختار في الدروس وجوب ما يليق بحاله[2]، وفيه قوة، وسيأتي بيان ما فيه إن شاء الله تعالى.

قوله: (وترك الإسراف في النفقة، بل يقنع بالقليل).

بين مفهومي هذين الكلامين تخالف، فان تحريم الاسراف يفهم منه حل

---

(١) ال عمران: ٩٧.

(٢) الدروس: ٣٧٢.

ولا يجب أن يُضيّق على نفسه، ولو طولب وجب دفع ما يملكه أجمع عدا دار السكنى، وعبد الخدمة، وفرس الركوب، وقوت يوم وليلة له ولعياله إن كان حالاً، وعند حلول الأجل مع المطالبة إن كان مؤجلاً.

ولا تصح صلاته في أول وقتها، ولا شيء من الواجبات الموسعة

ما عداه، ووجوب القناعة بالقليل يقتضي المنع مما سواه وإن لم يكن سرفاً. والذي يقتضيه النظر وجوب الكف عما عدا المستثنى له من قوته وقوت عياله بالمعروف، ولا يجب عليه أن يقنع بما دون ذلك.

وعبارة التحرير[١] والدروس: يجب الاقتصاد في النفقة[٢]، ولعله المراد من قوله: (يقنع بالقليل) وإن لم يكن متبادراً منه، فيكون الممنوع منه هو التوسعة التي هي فوق الاقتصاد وإن لم يعد سرفاً.

ويبعد أن يراد قناعته بالقليل: الذي يسد رمقه بالنسبة الى نفسه، وإن كان بالنسبة الى عياله يراعى الاقتصاد، اذ لا دليل يدل على ذلك.

قوله: (وقوت يوم وليلة له ولعياله).

الاقتصاد من غير تفاوت بينه وبينهم، وكذا تستثنى له ثياب بدنه، ولو كانت هذه نفيسة، فهل يجب استبدال أدون منها، وصرف تفاوت القيمتين في الدين؟ فيه خلاف، ولا شبهة انها لو كانت مع نفاستها لائقة بحاله لم يجب البيع.

قوله: (وعند حلول الاجل مع المطالبة...).

قيل: لا حاجة الى قوله: (مع المطالبة)؛ لأن ذلك في حيز قوله: (ولو طولب).

قلنا: تجوز اعادته؛ لبعد العهد به.

قوله: (ولا تصح صلاته في اول وقتها...).

لأنّ الأمر بالاداء على الفور يقتضي النهي عن ضده، والنهي في العبادة

---

(١) تحرير الأحكام ١: ١٩٩.

(٢) الدروس: ٣٧٢.

المنافية في أول أوقاتها قبل القضاء مع المطالبة، وكذا غير الدين من الحقوق كالزكاة والخمس.

يقتضي الفساد، وكل من المقدمتين تبين في الاصول. وفي الاولى كلام، فان الذي يقتضي الأمر بالاداء النهي عنه هو ترك الاداء، وهو الضد العام الذي يسميه أهل النظر النقيض، أما الضد الخاص ،كالصلاة مثلاً فلا.

فان قيل: الضد العام إنما يتقوم بالاضداد الخاصة، فيكون الضد الخاص أيضا منهياً عنه.

قلنا: المطلوب في النهي هو الكف عن الشيء، والكف عن الأمر العام غير متوقف على شيء من الامور الخاصة، حتى يكون شيء منها متعلق النهي؛ لإمكان الكف عن الأمر الكلي من حيث هو هو، وليس ذلك كالامر بالكلي؛ لأن ايجاد الكلي بدون أحد جزئياته ممتنع، على أن المحقق بين حذاق الاصوليين: أن الأمر بالكلي ليس أمراً بشيء من جزئياته وإن توقف عليها من باب المقدمة؛ لأن وجوبه حينئذ من باب المقدمة، لا من نفس الامر.

فان قيل: يمكن الاحتجاج بأنّ أداء الدين مأمور به على الفور، ولا يتم إلا بترك العبادة الموسعة، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، وما وجب تركه ففعله منهي عنه، فتثبت الصغرى.

قلنا: في قوله: وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب بحث، فانه إن أريد بذلك العموم منع؛ لأنّ الواجب الموسع لم يقم دليل على أن تركه يكون مقدمةً لواجب آخر مضيق. وظاهر الأوامر الواردة به: الإطلاق في جميع وقته، إلا ما أخرجه دليل.

وإن اريد به ما سوى ترك الواجب فهو حق، إلا أنّ المتنازع فيه من قبيل ما كان ترك الواجب فيه هو المقدمة.

فان قيل: وجوب القضاء على الفور ينافي وجوب الصلاة في الوقت الموسع؛ لأنه حين وجوب الصلاة اذا تحقق وجوب القضاء على الفور يلزم تكليف ما لا يطاق، وهو باطل، وإن لم يبق خرج الواجب عما ثبت له من صفة الوجوب

. . . .

الفوري.

قلنا: لا نسلم لزوم تكليف ما لا يطاق، اذ لا يمتنع أن يقول الشارع: اوجبت عليك كلاًمن الأمرين، لكن أحدهما مضيق، والآخر موسع، فان قدمت المضيق فقد امتثلت [وسلمت من الإثم، وإن قدمت الموسع فقد امتثلت](١) واثمت بالمخالفة في التقديم.

والحاصل: أن الأمر يرجع الى وجوب التقديم، وكونه غير شرط في الصحة، والامتثال مع انتقاضه بتضيق الوقت، فانه إن بقي الوجوب لزم ما سبق، وإن خرج لزم خروج الواجب عن صفة الوجوب، مع أنه لا دليل على الترجيح، إذ هما واجبان مضيقان قد تعارضا.

فلابد من خروج أحدهما عن صفة الوجوب؛ لئلا يلزم المحذور، والدلائل تدل على خلافه، ومع تسليمه فلا دليل يقتضي خروج واحد بعينه من الصلاة في آخر الوقت وقضاء الحق المضيق، فالحكم بصحة الصلاة في آخر الوقت أيضاً باطل؛ لأنه يستلزم الترجيح بلا مرجح، ولانتقاضه بمناسك يوم النحر، فان الترتيب فيها واجب، ولو خالف اجزأت عن الواجب الذي في الذمة.

وإنما تجزئ ان لو كانت واجبة مع عدم الترتيب؛ لامتناع اجزاء غير الواجب عن الواجب، وإنما يعقل الوجوب على التقديرين، والتأثيم على تقدير واحد بخصوصه بناء على ما قدمناه.

فلو كان وجوب شيء يقتضي ايجاب ما يتوقف عليه وإن كان مقابله واجبا، لامتنع الإجزاء هنا وفي كل موضع اشبهه، وهذا من غوامض التحقيقات، وهذا أصل تبتني عليه كثير من المسائل، فيجب التنبيه له.

ولا شك أن الحكم بعدم الصحة احوط، وازجر للنفوس عن التهاون في اداء الحقوق الفورية، وإن كان الفقه هو القول بالصحة.

---

(١) ما بين المعقوفتين لم يرد في «م»، وأثبتناه من الحجري لتوضيح المطلب.

وتباع دار الغلة، وفاضل دار السكنى، ودار السكنى إن كانت رهناً.

ولو غاب المدين وجب على المديون نية القضاء، والعزل عند وفاته، والوصية به ليوصل الى مالكه أو وارثه. ولو جهله اجتهد في طلبه، فإن أيس منه قيل: يتصدق به عنه.

قوله: (وتباع دار الغلة).

المراد بها: الدار المرصدة للنماء، كالبيت المعد للاجارة ونحو ذلك.

قوله: (ولو غاب المدين وجب على المديون نية القضاء).

قد يقال: سبق وجوب العزم على القضاء مطلقاً، فلا معنى لذكره هنا، إلا أن يقال: الحكم هنا آكد، أو يحمل على ارادة وجوب تجديده، وفيه شيء.

قوله: (والعزل عند وفاته).

فلا يجب قبل ذلك عند الغيبة، خلافاً لظاهر عبارة الشيخ[1]، وظاهرهم أن وجوب العزل عند الوفاة اجماعي، ووجهه ظاهر، فانه أبعد عن تصرف الورثة فيه، وابقى للتعليل في ادائه.

قوله: (ليوصل الى مالكه أو وارثه).

المراد: عند فقد المالك، وهو ظاهر.

قوله: (فان أيس قيل: يتصدق به).

ظاهره التوقف في ذلك، وكذا فعل في التذكرة[2]، وذهب في المختلف الى الجواز[3] تبعاً للشيخ[4] وجماعة، وظاهر الرواية الصحيحة مشعر بالمنع؛ للأمر بطلب المدين عند قول السائل: فاصدّق به[5]. ولا دلالة فيها؛ لأنّ وجوب الطلب

---

(١) النهاية: ٣٠٧.

(٢) التذكرة ٢: ٣.

(٣) المختلف: ٤١١.

(٤) النهاية: ٣٠٧.

(٥) التهذيب ٦: ١٨٨ حديث ٣٩٦.

والمعسر لا تحل مطالبته ولا حبسه، ويجوز له الإنكار والحلف إن خشي الحبس مع الاعتراف، ويورّي وينوي القضاء مع المكنة.

ولو استدانت الزوجة النفقة الواجبة وجب على الزوج دفع عوضه.

كما يحتمل وجوبه دائماً يحتمل وجوبه الى زمان اليأس منه.

وذهب ابن ادريس الى وجوب الدفع الى الحاكم[1]، ولا شبهة في جوازه، أما الوجوب فلا دليل عليه، مع أن اكثر الاصحاب على خلافه، والقول بالصدقة لا محيد عن جوازه عند فقد الحاكم.

ومع وجوده فيمكن اولوية الصدقة على الدفع الى الحاكم؛ لانها إحسان محض بالنسبة الى المالك؛ لأنه مع وجوده يجب ضمان العوض، ومع عدم الظفر به هو عبادة وبر بالنسبة اليه، و(ما على المحسنين من سبيل)[2].

فاذا دفع الى الحاكم لم يؤمن تلفه بغير تفريط فيفوت الامران، هذا مع اعتضاده بالشهرة، والاذن بالصدقة في عدة نظائر لهذا، فالعمل به هو الأصح.

نعم، الأولى مراجعة الحاكم في الصدقة؛ لأنه أبصر بمواقعها، وهذه الصدقة من قبيل المندوبات، فتصرف الى مستحقيها، ووجوبها على المديون بالعارض لا يصيّرها واجبة، اذ هو بمنزلة الوكيل والوصي.

قوله: (ويوري).

أي: يقصد بانكاره وحلفه على نفي الاستحقاق ما يخرجه عن الكذب، وهذا الحكم على سبيل الوجوب؛ لأن الكاذب ملعون. والتورية: أن يقصد باللفظ خلاف ظاهره، كأن يقصد بقوله: لا دين لك علي: لا دين يجب أداؤه الآن.

قوله: (ولو استدانت الزوجة النفقة الواجبة وجب على الزوج دفع عوضه).

---

(١) السرائر: ١٦٣.

(٢) التوبة: ٩١.

ولا تصح المضاربة بالدين قبل قبضه؛ لان تعينه بقبضه، فإن فعل فالربح بأجمعه للمديون إن كان هو العامل، وإلا فللمالك وعليه الأُجرة.

المتبادر من دفع العوض: دفعه الى المدين، وهو قول الشيخ[1]، وظاهر رواية السكوني دال عليه[2]، وانكره ابن ادريس، وقصر الوجوب على الدفع الى الزوجة والقضاء عليها؛ لأنها الغريم دونه[3].

ووجّه في المختلف كلام الشيخ: بانّ الزوجة كالوكيل عن الزوج، فيجب عليه القضاء[4]. وفيه منع؛ لأنّ استحقاقها النفقة لا يصيّرها كالوكيل، وكلام ابن ادريس هو المتجه، وإن كان العدول عن ظاهر الرواية لا يخلو من شيء.

ولو حمل الأمر بقضاء الزوج عنها على دفع ذلك اليها ـ لأنه حينئذ بتمكينه إياها من القضاء كأنّه قضى عنها ـ لكان عدولاً عن الظاهر وارتكاباً للمجاز.

قوله: (وإلّا فللمالك).

أي: ان اشترى بالعين واجاز المالك؛ لبطلان الإذن السابق بفساد المضاربة، وإن اشترى في الذمة فالربح للعامل، وإنما تثبت له الاجرة على تقدير ثبوت الربح للمالك.

وتقدير قوله: (وإلّا فللمالك): وإن لم يكن المديون هو العامل بل كان ثالثاً، والفرق: أنه اذا كان هو المديون لم يتعين المال للمالك؛ لكونه الى الآن في يد المديون، بخلاف ما اذا كان قبضه الثالث، فانه وكيل للمالك.

فان قلت: اذنه في القبض له إنما يثبت بالمضاربة الفاسدة، فلا يعتد به، كما لا يعتد به بسائر الاشياء التي تضمنتها العقود الفاسدة.

قلنا: هذا مخصوص بما اذا كانت تلك الامور المتضمنة من توابع العقود

---

(١) النهاية: ٣٠٧.

(٢) التهذيب ٦: ١٩٤ حديث ٤٢٦.

(٣) السرائر: ١٦٣.

(٤) المختلف: ٤١٢.

ويصح بيع الدين على من هو عليه وعلى غيره، فيجب على المديون دفع الجميع الى المشتري وإن كان الثمن أقل على رأي.

ولو باع الذمي على مثله خمراً، أو خنزيراً جاز أخذ الثمن في الجزية والدين، ولو كان البائع مسلماً لم يحل.

ولا تصح قسمة الدين، فلو اقتسما ما في الذمم كان الحاصل لهما والتالف منهما، نعم لو أحال كل منهما صاحبه بحصته وقبل المديونان صح.

الفاسدة، أما اذا اقتضى اللفظ مضاربة ووكالة؛ لاشتماله على الاستنابة في التصرف، فان فساد المضاربة لا يقتضي فساد الوكالة، كما لو باعه وآجره في عقد واحد، واختل بعض شروط البيع، فان الاجارة صحيحة وإن فسد البيع.

قوله: (ويصح بيع الدين على من هو عليه وعلى غيره، فيجب على المديون دفع الجميع الى المشتري...).

هذا هو الأصح خلافاً للشيخ، حيث أوجب قيمة ما دفعه المشتري الى صاحب الدين[١] تعويلاً على رواية ضعيفة[٢]، والاكثر على خلافه، ودلائل الكتاب[٣] والسنة تدل على استحقاق الجميع[٤].

ولا يخفى أنه لابد من رعاية السلامة من الربا لو كانا ربويين، وقد نبه عليه المصنف في كلامه بعد، وكذا يشترط رعاية شروط الصرف لو كانا من الاثمان، ومنع ابن ادريس من بيع الدين على غير من هو عليه[٥]، وهو ضعيف.

قوله: (ولا تصح قسمة الدين، فلو اقتسما ما في الذمم كان الحاصل لهما، والتالف منهما، نعم، لو احال كل منهما صاحبه بحصته، وقبل المديونان صح).

---

(١) النهاية: ٣١١.

(٢) الكافي ٥: ١٠٠ حديث ٣، التهذيب ٦: ١٩١ حديث ٤١٠.

(٣) البقرة: ٢٨٣.

(٤) الكافي ٥: ١٠٠ حديث ٢ و٣، التهذيب ٦: ١٨٩ حديث ٤٠١.

(٥) السرائر: ١٦٣.

ولا يصح بيع الدين بدين آخر، ولا بيعه نسيئة، ولو كان الثمن والمثمن من الربويات اشترط في بيعه بجنسه التساوي قدراً، والحلول.

وأرزاق السلطان لا يصح بيعها إلا بعد قبضها، وكذا السهم من الزكاة والخمس.

المطلب الثاني: في القرض:

وفيه فضل كثير، وهو أفضل من الصدقة بمثله في الثواب.

لكن الحوالة الأولى حوالة ممن ليس في ذمته دين، فيبنى على صحتها، وسيأتي تحقيقها، إلا أن يفرض سبق دين له عليه، والعبارة خالية من هذا القيد، وذهب في الدروس الى جواز الصلح على ما في الذمم بعضاً ببعض[1]، وهو محتمل.

قوله: (ولا يصح بيع الدين بدين آخر، ولا بيعه نسيئة).

أما الاول: فلأنه بيع الكالئ بالكالئ، كأن يبيع ما في ذمة زيد بما في ذمة عمرو. وأما الثاني، فقد قال الشيخ فيه بالكراهية[2]، ومنعه ابن ادريس[3]، وهو الأصح؛ لكونه بيع دين بدين.

قوله: (وارزاق السلطان...).

لأن ذلك كله غير مملوك، وإنما يملك بالقبض.

قوله: (وهو أفضل من الصدقة بمثله في الثواب).

الجار في (بمثله) يحتمل أن يتعلق بـ (الصدقة)، فيكون المعنى: القرض بشيء افضل من الصدقة بمثل ذلك، وافضليته في الثواب، فيكون الجار في قوله: (في الثواب) متعلقا بـ(أفضل).

وقد يقال: إن الافضلية هنا لا تكون إلا باعتبار الثواب، فقد يقال: إن في الثواب مستدرك. ويحتمل أن يكون الجار الأول متعلقاً بـ(افضل) أيضاً،

---

(١) الدروس: ٣٨٠.

(٢) قاله في النهاية: ٣١٠.

(٣) السرائر: ١٦٨.

ولا بد فيه من إيجاب صادر عن أهله، كقولك: اقرضتك، أو تصرف فيه، أو انتفع به، أو ملكتك وعليك رد عوضه، وشبهه. وقبول، وهو ما يدل على الرضى قولاً أو فعلاً.

ويكون المعنى المراد: أن القدر المقرض افضل من المتصدق به بمقدار مثله في الثواب.

ويرد عليه: أن المتفاضل به هو مقدار ثواب المتصدّق به لا مقدار مثله، فيكون فاسداً، وهذا اللفظ المذكور في العبارة نقله الشيخ رحمه الله روايةً(١).

قوله: (ولا بد فيه من إيجاب صادر عن أهله - إلى قوله: - وقبول، وهو: ما يدل على الرضى قولاً أو فعلاً).

ظاهر عباراتهم: أنه لا بد من الايجاب القولي، وعبارة التذكرة أدل على ذلك(٢).

ويرد عليه: أنه قد سبق في البيع الاكتفاء بالمعاطاة، التي هي عبارة عن الأخذ والاعطاء، فان اكتفى في العقد اللازم بالايجاب والقبول الفعليين، فحقه أن يكتفي بها هنا بطريق أولى.

وليس ببعيد أن يقال: إن انتقال الملك الى المقترض بمجرد القبض موقوف على هذا، لا إباحة التصرف اذا دلت القرائن على ارادتها.

قوله: (وعليك رد عوضه).

هذا معتبر فيما عدا (اقرضتك)؛ لأن الإذن في التصرف والانتفاع والتمليك اعم من استحقاق رد العوض، الذي هو جزء مفهوم القرض، فلابد من لفظ يدل عليه ليكون قرضاً، فيكون التقدير: أو تصرف فيه وعليك رد عوضه، أو انتفع به وعليك رد عوضه، وكذا الباقي.

قوله: (وشبهه).

يمكن عود الضمير الى قوله، أي: لا بد من ايجاب كقوله كذا وشبه هذا

---

(١) النهاية: ٣١٢.

(٢) التذكرة ٢: ٥.

وشرطه عدم الزيادة في القدر أو الصفة، فلو شرطها فسد، ولم يفد جواز التصرف وإن لم يكن ربوياً.

ولو تبرع المقترض بالزيادة جاز.

ولو شرط رد المكسّرة عوض الصحيحة، أو الأنقص، أو تأخير القضاء لغا الشرط وصح القرض؛ لأنه عليه لا له.

القول، ويمكن عوده الى قوله: (وعليك رد عوضه) بتأويل هذا، والمعنى وشبه هذا، والأول ادل؛ لأنه اشمل.

قوله: (فلو شرطها فسد، ولم يفد جواز التصرف وإن لم يكن ربوياً).

أي: فلو شرط الزيادة في قدر المقرض، أو في صفته كاثني عشر في عشرة، والصحيحة في المكسرة فسد القرض؛ للنصوص الدالة على صحته مع الزيادة اذا لم يشترطها[1]، ولا تفيد المقترض جواز التصرف؛ لأنّ العقد المتضمن للاذن في التصرف بجهة القرض قد فسد، فانتفت جهة الاذن، فانتفى الاذن.

وقوله: (وإن لم يكن ربوياً) حاول به التنبيه على أن القرض ممنوع فيه من الزيادة مطلقاً، لا كالبيع الذي إنما يمنع فيه من الزيادة في الربويات، ولعل السر فيه: أن البيع مبني على المغالبة والمكايسة، والقرض إنما جعل للارتفاق ومحض الإحسان.

قوله: (ولو شرط رد المكسرة عوض الصحيحة ـ الى قوله: ـ لغا الشرط وصح القرض؛ لأنه عليه لا له).

قيل عليه: الدليل لا يرتبط بالدعوى، فانّ كون الشرط عليه لا له اذا كان فاسداً لاغياً كيف يصح القرض؟ مع أنه لم يقع التراضي إلّا على الوجه المتضمن للشرط.

وجوابه: أن في ذلك تنبيهاً على أن هذا الشرط كما دل على الرضى

---

(١) الكافي ٥: ٢٥٤ حديث ٣، ٤، ٦، التهذيب ٦: ٢٠١ حديث ٤٤٩-٤٥١.

ولو شرط رهناً أو كفيلاً به جاز؛ لأنه إحكام ماله. أما لو شرط رهناً بدين آخر فالأقرب الجواز،

بالقرض معه دل على الرضى به بدونه؛ لأنه اذا رضي بما عليه رضي بما له بطريق أولى، فيكون الرضى بالقرض واقعا على وجهين:

أحدهما: مدلول عليه بمنطوق اللفظ، والآخر: مدلول عليه بمفهوم الموافقة، فاذا امتنع أحدهما لغا وصح القرض باعتبار الوجه الآخر.

واعلم أن المصنف قال في التذكرة في هذه المسألة: والأقوى عندي صحته لا لزومه، كما لو شرط التأجيل(١).

وتنقيح هذا: أن الشرط المنهي عنه هو المتضمن للزيادة في العين أو الصفة بالنسبة الى المقرض. أما ما يقتضي الزيادة للمقترض فليس بمنهي عنه، بل هو من كمال المعروف، وإنما لم يلزم؛ لأن القرض مبني على المماثلة بين المقرض والعوض حالاً، فاذا شرط له ترك البعض أو التأخير فقد وعده بالإحسان، ولا يجب الوفاء به، إنما الواجب أداء ما اقتضاه القرض.

قوله: (ولو شرط رهناً أو كفيلاً به جاز؛ لأنه إحكام ماله).

يجب أن تكسر همزة (إحكام)، أي: لو شرط رهناً بالقرض أو كفيلاً به جاز ذلك، ولم يعد زيادة، اذ هو تأكيد لمقتضى القرض، اعني برد العوض، فهو إحكام لماله، وجعله على وجه الحكمة.

قوله: (أما لو شرط رهناً بدين آخر فالأقرب الجواز).

أي: بخلاف ما لو شرط في القرض رهناً بدين آخر، فانه موضع خلاف، والأقرب جوازه، ووجه القرب: أن ذلك ليس زيادة في مال القرض، وإنما هو شرط خارج عنه، وإن كان زيادة بحسب الواقع، فان المنهي عنه هو الزيادة في مال القرض.

نعم، ظاهر ما رواه العامة من قول النبي صلى الله عليه وآله: «كل

---

(١) التذكرة ٢: ٦.

وكذا يجوز لو اقرضه بشرط أن يقترض منه، أو يقرضه آخر، أو يبيعه بثمن المثل، أو بدونه، أو يسلفه، أو يستلف منه. ولو قال: اقرضتك بشرط أن أُقرضك غيره صح ولم يجب الوعد،

قرض يجر منفعة فهو حرام»[1] مناف له. ويحتمل ضعيفاً التحريم؛ لتحقق زيادة المنفعة.

قوله: (وكذا يجوز لو اقرضه بشرط أن يقترض منه، أو يقرضه آخر).

أي: يجوز أن يقرضه شيئاً بشرط أن يقرضه شيئا آخر، وربما قيّد بأن يكون ذلك لمحض الاحسان لا لخوف ونحوه يحصل بالقرض مصلحة ونفع للمقرض، وقد عرفت أن الزيادة الممنوع من اشتراطها هي ما كانت في مال القرض.

قوله: (أو يبيعه بثمن المثل، أو بدونه).

قيل بالمنع فيما اذا اشترط أن يبيعه بدونه لجر المنفعة، وهو مردود بما ذكرناه.

قوله: (ولو قال اقرضتك بشرط أن اقرضك غيره صح، ولا يجب الوعد).

قد سبقت هذه المسألة في قوله: (أو يقرضه آخر) ولعله إنما اعادها لبيان عدم وجوب الشرط؛ لأنه وعد. وتنقيحه: أن هذه زيادة مشروطة من قبل المقرض، فهي عليه، فلا يلزم، ولكنها تجوز كما في اشتراط الأجل، ولا يلزم فساد العقد، بخلاف ما لو كانت الزيادة مشروطة للمقرض، فان العقد يفسد؛ للنهي عن الشرط المقتضي لفساده، وانتفاء رضى المقرض بدونه، وفي الشرط الذي عليه رضاه ثابت معه وبدونه بطريق أولى، فلا يفسد، ولا يلزم.

---

(١) الجامع الصغير ٢: ٢٨٤ حديث ٦٣٣٦. وفيه: «كل قرض جرّ منفعة فهو ربا».

بخلاف البيع.

ويصح قرض كل ما يضبط وصفه وقدره، فإن كان مثلياً ثبت في الذمة مثله كالذهب والفضة وزناً، والحنطة والشعير كيلاً ووزناً، والخبز وزناً وعدداً؛ للعرف. وغير المثلي تثبت قيمته وقت القرض لا يوم المطالبة،

قوله: (بخلاف البيع).

لأنه عقد لازم من الطرفين، فما تضمنه من الشروط الصحيحة معتبرة في العوضين، فيلزم.

قوله: (والخبز وزناً وعدداً للعرف).

(للعرف) متعلق بقوله: (عدداً) أي: يجوز اقتراضه عدداً وإن كان فيه اكبر واصغر، لابتناء العرف على المسامحة في ذلك، ومثله الجوز، وبه رواية عن الصادق عليه السلام[1].

قوله: (وغير المثلي تثبت قيمته وقت القرض، لا يوم المطالبة).

وذلك؛ لأنّ ما كان من ذوات القيم إنما تعتبر فيه القيمة، نظراً الى أنه الذي يقابل به ويعد عوضاً عنه، ولأنه اضبط لبعده عن الزيادة والنقصان.

وفي التذكرة: أن ما يضبط بالوصف ـ وهو ما يصلح للسلم ـ الأقرب أنه يضمنه بمثله من حيث الصورة[2]؛ استدلالاً بأن النبي صلى الله عليه وآله استقرض بكراً ورد بازلاً[3]. ولا دلالة فيه؛ لأنه أعم من الوجوب، فانها اذا تراضيا لا بحث.

وأيضاً فانه صلى الله عليه وآله قصد اعطاءه خيراً مما اقترض منه، فيتحقق أنه غير الواجب، اذا ثبت هذا فالواجب قيمة وقت القرض؛ لأنه وقت الثبوت في الذمة لا قيمة يوم المطالبة.

---

(١) الفقيه ٣: ١١٦ حديث ٤٩٣.

(٢) التذكرة ٢: ٥.

(٣) سنن البيهقي ٥: ٣٥٣.

ولو تعذر المثل في المثلي وجبت القيمة يوم المطالبة.

ويجوز اقتراض الجواري واللآلئ؛ لما قلناه من ضمان القيمة.

ويملك المقترض القرض بالقبض، فليس للمقرض ارتجاعه، بل للمقترض دفع المثل مع وجود الأصل، فلو اقترض من ينعتق عليه انعتق بالقبض.

ولو شرط الأجل في القرض لم يلزم، لكن يصح أن يجعل أجله شرطاً في عقد لازم فيلزم.

قوله: (ولو تعذر المثل في المثلي وجبت القيمة يوم المطالبة).

لأنه وقت الانتقال الى القيمة، وسيأتي في آخر الفروع في الدراهم ثبوت القيمة وقت التعذر.

قوله: (ويجوز اقتراض الجواري واللآلئ؛ لما قلناه من ضمان القيمة...).

وإن لم يجزِ السلف فيها؛ لأن ضبطها بالوصف غير محتاج اليه للاستغناء بوجوب القيمة.

قوله: (لكن يصح أن يجعل اجله شرطاً في عقد لازم، فيلزم).

أورد شيخنا الشهيد في بعض حواشيه على ذلك اشكالاً، حاصله: أنه إن أريد بلزومه توقف العقد المشروط فيه عليه فسلّم، لكنه خلاف المتبادر من كونه لازماً، ولا يقتضيه كما هو ظاهر، اذ العقود المشروط فيها شروط لا تقتضي لزومها، بل فائدتها تسلط من تعلق غرضه بها على الفسخ بالاخلال بها.

وإن اريد لزوم ذلك الشرط في نفسه -بمعنى أنه لا سبيل الى الاخلال به- لم يطرد، إلا أن يفرق بين اشتراط ما سيقع وما هو واقع، ويجعل التأجيل من قبيل الواقع، فيتم هذا.

ويمكن الجواب بأنّ المراد بكون الشرط لازماً: وجوب الوفاء به، كما وجب الوفاء بالعقد اللازم؛ لأنه من جملة مقتضياته.

وكذا لا يلزم لو أجّل الحال بزيادة فيه، ولا تثبت الزيادة،

وتسلط من تعلق غرضه [به على الفسخ بدونه لا ينافي هذا المقدار من اللزوم من طرف العاقد الآخر، فيكون الشرط][1] والعقد لازماً من طرف المشترط له، ومن طرف من تعلق به غرضه يكون العقد لازما مع الاتيان بالشرط لا بدونه، وهذا معنى واضح صحيح.

نعم، ما سبق من أن اشتراط العتق في العبد المبيع اذا أخل به المشتري يسلط البائع على الفسخ، وليس له اجبار المشتري مناف لهذا، وإن كان المختار أن له الإجبار فلا منافاة.

وما ذكره من الفرق بين الشرط الذي سيفعل وغيره أيضاً متجه، فلا يبعد أن يقال: اذا شرط تأجيل الحال في عقد لازم كان كما لو شرطه في العوض الواقع في ذلك العقد، فيلزم بهذا الاشتراط.

وهذا هو المفهوم من اطلاق الاصحاب تأجيل الحال في عقد لازم، وليس هو كاشتراط أن يفعل الفعل الفلاني، ومثلهما لو باعه بكذا واشترط له سكنى الدار سنة، فإنّ ذلك يصير حقاً له كاستحقاق العوض.

قوله: (وكذا لا يلزم لو أجل الحال بزيادة فيه، ولا تثبت الزيادة).

ولا يحل أخذها لو بذلت بمجرد جعلها في مقابل التأجيل، نعم لو شرط التأجيل مع الزيادة في عقد لازم صح. وقيّد في التذكرة[2] بما اذا كانت الزيادة في ثمن ذلك المبيع الذي تضمن عقده الشرط لا في الدين، لأن ذلك ربا، كما علل به في موضع آخر، وهو متجه.

وهنا فائدة، وهي: أن الشروط الواقعة في عقد القرض أقسام:

الأول: ما يفسده، وهو اشتراط الزيادة للمقرض في نفس مال القرض.

الثاني: ما يكون لغواً أو وعداً، وهو الزيادة للمقترض من غير أن يكون

---

(١) ما بين المعقوفتين لم يرد في «م»، وأثبتناه من الحجري لاقتضاء السياق له.

(٢) التذكرة ٢: ٧.

وله تعجيل المؤجل باسقاط بعضه مع التراضـي.

للمقرض زيادة.

الثالث: ما يكون مؤكداً كاشتراط رهن، وهو صحيح قطعاً.

الرابع: ما يكون زيادة للمقرض، لكن لا في مال القرض، وفي صحته تردد، والأصح الصحة.

الخامس: ما يكون وعداً محضاً، كما لو اقرضه شيئاً، وشرط له أن يقرضه شيئاً آخر لمحض الإحسان.

اذا عرفت ذلك فلابد من الفرق بين هذه الشروط في الأحكام.

ففي الأول: معلوم بقاء مال القرض على ملك المقرض.

وفي الثاني: إن كان الشرط لغواً فلا بحث، وإن كان وعداً فمعناه: إن وفى به كان حسناً، وإلّا لم يأثم. ووجهه: أن المقرض احسن الى المقترض، وشرط له في ذلك الاحسان احسانا آخر لنفعه فقط، فلا يجب عليه؛ لانتفاء المقابلة المقتضية للوجوب.

وفي الثالث، والرابع: يجب عليه الوفاء؛ لأن المقرض لم يرض بالقرض إلّا على ذلك التقدير المشترط، وقد رضي المقترض به على ذلك الوجه، فيجب الوفاء به. وإن لم يفعل أثم، ولم يكن له اجباره قطعاً؛ لأن القرض عقد جائز من الطرفين لكل منها فسخه، فله أن يفسخه حالاً.

وهل يتوقف وجوب الدفع على المطالبة بمال القرض، أم يجب دفعه بمجرد المطالبة بالشرط مع عدم الوفاء به؟ وجهان، وفي الأول قوة.

قوله: (وله تعجيل المؤجل باسقاط بعضه مع التراضـي).

لأنّ ذلك حق لهما، فلا بد من تراضيهما بالاسقاط، ولا فرق في اعتبار التراضي بين تعجيل بغير شيء أو باسقاط البعض؛ لأنّ الأجل حق لهما لترتب حق كل منها عليه، فانه كما قد تضر المطالبة بمن له الأجل قبله، كذا قد يضر التسليم حالاً بالآخر.

فروع : أ: لو قال: ملّكتك وعليك رد عوضه فهو قرض.

ولو قال: ملّكتك وأطلق، ولم توجد قرينة دالة على القرض كسبق الوعد به فهو هبة، فإن اختلفا احتمل تقديم قول الواهب؛ لأنه أبصر بنيته، وتقديم [قول] المتهب قضية؛ للظاهر من أن التمليك من غير عوض هبة.

قوله : (لو قال: ملكتك وعليك رد عوضه ...).

قد سبقت هذه المسألة، وإنما أعادها ليبني عليها ما بعدها.

قوله : (ولو قال: ملكتك واطلق، ولم توجد قرينة دالة على القرض كسبق الوعد به فهو هبة).

المراد بقوله: (اطلق): تجريده عن ذكر رد العوض، وقيد بعدم وجود القرينة؛ لأنه مع وجودها يجب حمل اللفظ على مقتضاها؛ لأن القرائن تقيد الأشياء المطلقة وتصرف اللفظ عن ظاهره الى غيره، فيكون معها قرضاً، وبدونها هبة.

قوله : (فان اختلفا احتمل تقديم قول الواهب[1] لأنه أبصر بنيته، وتقديم قول المتهب قضية للظاهر من أن التمليك من غير [2] عوض هبة).

اختلافهما يكون على وجهين:

أحدهما: أن يختلفا في التعرض الى اشتراط رد العوض، فالقول قول منكره، وهذا غير المذكور في العبارة؛ لأن الظاهر منها أن اختلافهما فيما لو قال: ملكتك واطلق.

---

(١) (عبر بالواهب والمتهب باعتبار تعلق الدعوى بذلك)، وردت هذه العبارة في «م»، والظاهر انها حاشية دخلت في المتن لعدم وجودها في النسخة الخطية للقواعد.

(٢) في «م»: غيره، وفي الحاشية ورد ما لفظه: وفي نسخة اخرى: (من غير عوض) باسقاط الهاء من (غير).

الثاني: ـوهو مسألة الكتابـ أن يختلفا في القصد، وينبه على ارادته مع ما قلناه قوله: (لأنه ابصر بنيته).

ووجه الاحتمال الأول: أنّ الدافع ابصر بنيته، فيكون القول قوله مع اليمين. ويشكل بانه لا يلزم من كونه أبصر بنيته تقديم قوله بيمينه، وارتكاب خلاف ظاهر اللفظ، فان الواجب إنما هو استعمال الألفاظ في معانيها اذا جردت عن القرائن في الايقاعات والعقود، ولا يلتفت الى قول أحد المتعاقدين أنه لم يقصد مدلولها، وإن كان القصد بحسب الواقع معتبراً، إلا أن الظاهر أنه لم ينطق بها إلا وهو مريد لمعناها، فلا يلتفت الى خلافه.

نعم لو شهدت قرينة كالاكراه وغلبة المرض سمع قوله بيمينه، وسبق الوعد بالقرض في مسألتنا من هذا القبيل، فلو اختلفا في القصد حينئذ قدم قول الدافع بيمينه؛ عملاً بالقرينة.

ولا يخفى أن لفظ التمليك المجرد عن رد العوض حقيقة في الهبة ومجاز في القرض؛ لأنه جزء مفهومه؛ لأن جزءه الآخر رد العوض، وربما استدل بقوله عليه‌السلام: «على اليد ما اخذت حتى تؤدي»[1]، وبأنّ الأصل بقاء الملك على مالكه ونحو ذلك. ولا دلالة فيه؛ لأن ذلك كله مع عدم وجود ما يعد سبباً ناقلاً شرعاً لا معه، فيكون الاحتمال الأول اقوى.

قوله: (لو رد المقترض العين في المثلي وجب القبول وإن رخُصت).

رخُصت ـبضم عين الفعلـ معناه: نقصت قيمتها السوقية عما كانت، مع بقاء العين بحالها، وإنما يجب القبول؛ لأن الواجب أمر كلي في الذمة، والعين أحد افراده، والتعيين الى من عليه الحق.

---

(١) سنن الترمذي ٢: ٣٦٨ حديث ١٢٨٤.

وكذا غير المثلي على اشكال، منشؤه: ايجاب قرضه القيمة.

ج: للمقرض مطالبة المقترض حالاً بالجميع وإن أقرضه تفاريق، ولو اقرضه جملة فدفع اليه تفاريق وجب القبول.

قوله: (وكذا غير المثلي على اشكال، منشؤه: ايجاب قرضه القيمة).

والوجه الآخر: مساواة المدفوع للمأخوذ، وأن القيمة إنما اعتبرت لتعذر المثل، والحق أن هذا الإشكال لا وجه له بعد تحقيق أن الواجب في فرض القيمي هو القيمة وقت القرض، فاذا دفع العين فقد دفع غير الواجب، فيكون القبول مشروطاً بالتراضي، وهذا اظهر، وكون القيمة إنما اعتبرت لتعذر المثل: أولاً غير معلوم، وثانياً لا يضرنا؛ لأن الكلام إنما هو في الثابت في الذمة الآن، لا فيما كان حقه الثبوت، وقد عدل عن ثبوته لدليل، نعم لو كان الواجب المثل ومع التعذر القيمة تمّ هذا.

قوله: (للمقرض مطالبة المقترض حالاً بالجميع، وإن اقرضه تفاريق).

(حالاً) في عبارة الكتاب مخففة، أي: في الوقت الحالي، والمراد بقوله: (وإن اقرضه تفاريق): اقراضه الجملة في دفعات، ووجه استحقاق ذلك أن الجميع حال، فله المطالبة به كما هو واضح.

قوله: (ولو اقرضه جملة، فدفع اليه تفاريق وجب القبول).

المراد: أنه لو اقرضه شيئاً جملة، فدفع اليه بعضه وجب قبول ذلك البعض المدفوع؛ لأنه حق له استحق أخذه، وليس له الامتناع من أخذه الى أن يسلم الجميع، اذ لا صفقة هنا. بخلاف البيع فان كلاً من المبيع والثمن إنما يجب تسليم جميعه؛ نظراً الى اتحاد الصفقة، على أنه مع وجوب قبول البعض المدفوع في مسألة الكتاب له المطالبة بالباقي حالاً، ولا يجب على المقترض التأخير وإن قل الزمان، إلا مع الإعسار.

د: لو اقترض جارية كان له وطؤها وردها، اذا لم تنقص على المالك مجاناً.

ولو حملت صارت أم ولد يجب دفع قيمتها، فإن دفعها جاهلاً لحملها ثم ظهر استردها، وفي الرجوع بمنافعها اشكال، ويدفع قيمتها يوم القرض لا يوم الاسترداد.

قوله: (لو اقترض جارية كان له وطؤها، وردها اذا لم تنقص على المالك مجاناً).

أما أن له وطأها؛ فلأنها بالقرض تملك، وقول بعض العامة: إن الملك بالقرض سبب ضعيف، فلا يحل به الوطء، حتى أنه متى كانت الجارية بحيث يحل للمقترض وطؤها بالملك أو بالعقد لا يصح قرضه إياها؛ نظراً الى ما ذكر من ضعف السبب، وإمكان ردها، فيشبه عارية الجواري للوطء، وهو منهي عنه[1] من قبيل الهذيانات.

لكن قول المصنف: إن له ردها اذا لم تنقص مشكل؛ لأنه إن اراد ردها وإن لم يرض المقرض فهو مشكل، لما عرفت من أن الواجب هو القيمة، لا المثل.

وقد سبق آنفاً تردد المصنف في وجوب قبول العين، ويبعد رجوعه عن ذلك في هذه المسافة القصيرة. وإن أراد جواز الرد اذا رضي فهو حق، لكن لا حاجة الى التقييد بعدم النقص كما هو معلوم، فانه اذا رضي به صح قطعاً.

قوله: (وفي الرجوع بمنافعها إشكال).

ينشأ: من أن دفعها على أن منافعها للمقرض مجاناً، فلا يستحق الرجوع بها، ومن أنه إنما دفعها عوضا عما له في ذمته، وكون المنافع مجاناً إنما هو على ذلك التقدير، وقد انتفى، فينتفي ما ترتب عليه، ولعموم قوله عليه السلام: «على اليد ما اخذت حتى تؤدي»[2]، ولأنه قد تبين أن يد المقرض على الجارية بغير حق، فتكون يد عدوان، اذ لا واسطة بينها، غاية ما في الباب أن ذلك لم يكن

---

(١) أنظر المجموع ١٣: ١٦٩.

(٢) سنن الترمذي ٢: ٣٦٨ حديث ١٢٨٤.

هـ: لو اقرضه دراهم أو دنانير غير معروفة الوزن، أو قبة من طعام غير معلوم الكيل، أو قدرها بمكيال معيّن، أو صنجة معينة غير معروفين عند الناس لم يصح؛ لتعذر رد المثل.

و: ينصرف اطلاق القرض الى أداء المثل في مكانه، فلو شرطا القضاء في بلد آخر جاز،

معلوماً بحسب الظاهر، فاذا علم ترتب عليه أثره. وما اشبه هذه المسألة بمسألة منافع المبيع بيعاً فاسداً، وقد سبق استحقاق الرجوع بها، فيكون استحقاق الرجوع هنا لا يخلو من قوة.

قوله: (أو قدرها بمكيال معين، أو صنجة معينة غير معروفتين عند الناس لم يصح).

وإن فرض حفظها؛ لأن شرط صحة القرض العلم بالقدر، وإنما يتحقق بكون المكيال عاماً، وكذا الوزن، والمكيال والصنجة في مسألة الكتاب لا يخرج المقدر بها عن الجهالة مع أنها بمعرض التلف، فلا يبقى الى العلم بالمقدار طريق.

قوله: (لتعذر رد المثل).

قيل عليه: هذا غير واضح؛ لأن المكيال والصنجة مع حفظها لا يتعذر رد المثل، فكان عليه أن يعلل بغير ذلك.

وجوابه: إمكان إرادة كونه بمعرض التلف، فيكون شأنها تعذر رد المثل باعتبار تلفها.

قوله: (ينصرف اطلاق القرض الى رد المثل في مكانه).

وذلك لأنه موضع الوجوب اذ القرض على طريق الحلول، ولو اجل بسبب لازم فوضع الرد مكان الحلول على الظاهر.

قوله: (فلو شرط القضاء في بلد آخر جاز).

لعموم: «المؤمنون عند شروطهم»[1].

---

(١) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣.

سواء كان في حمله مؤونة أو لا.

ولو طالبه المقرض من غير شرط في غير البلد، أو فيه مع شرط غيره وجب الدفع مع مصلحة المقترض.

قوله: (سواء كان في حمله مؤونة، أو لا).

وسواء كانت المصلحة في ذلك في جانب المقرض أم المقترض، لكن لو كانت مصلحة الأداء في بلد آخر بالنسبة الى المقرض، كالخلاص من مؤونة الحمل، أو السلامة من خوف النهب ونحوه، جاء احتمال فساد القرض لجر النفع، وقد صرح به شيخنا الشهيد في بعض فوائده.

وقد عرفت أن الممنوع منه الزيادة في مال القرض عيناً أو صفة، وليس هذا واحداً منها.

قوله: (ولو طالبه المقرض من غير شرط في غير البلد، أوفيه مع شرط غيره وجب الدفع مع مصلحة المقترض).

هنا مسألتان:

الاولى: أن يطالب المقرض المقترض بمال القرض في غير بلد القرض، والحال أنه لم يشترط أداءه في غير بلد القرض، فمختار المصنف أنه إنما يجب عليه الدفع مع مصلحة المقترض لا بدونها.

أما اذا لم تكن له مصلحة؛ فلأنه ضرر لم يقتضه عقد القرض ولم يلتزمه، فلا يجب عليه الالتزام به؛ لظاهر: «لا ضرر ولا ضرار»[1].

وأما اذا كان له مصلحة؛ فلأن القرض حال، اذ هو المفروض، فيجب اداؤه عند المطالبة، حيث لا مانع يمنع شرعاً، وليس إلا الضرر، والفرض عدمه، وظاهر اختيار المصنف في المختلف وجوب الدفع وقت المطالبة مطلقاً كالغصب[2]، وقد سبق تحقيق المسألة، وأن المختار وجوب الدفع مالم تختلف قيمة المثلي،

---

(١) الكافي ٤: ٢٩٢ حديث ٢، و٥: ٢٨٠ حديث ٤، الفقيه ٣: ٤٥، ١٤٧ حديث ١٥٤، ٦٤٨، التهذيب ٧: ١٤٦، ١٦٤ حديث ٦٥١، ٧٢٧.

(٢) المختلف: ٤١٤.

ولو دفع في غير بلد الإطلاق، أو الشرط وجب القبول مع مصلحة المقرض.

ز: لو اقترض نصف دينار، فدفع ديناراً صحيحاً وقال: نصفه قضاء ونصفه أمانة جاز، ولم يجب القبول.

فتكون قيمة مكان المطالبة أكثر، فإنه لا يجب الدفع حينئذ للضرر، إلا أنه يرضى المقرض بقيمة موضع القرض جمعاً بين الحقين، وهذا هو المعتمد، والظاهر أنه مراد المصنف هنا، وإن كان قول المصنف: (مع مصلحة المقترض) قد تظهر منه مخالفة ذلك.

ولو قال بدله: مع عدم ضرر على المقترض لكان أدل على المراد وأولى، فان مصلحة المقترض قد تكون في عدم الدفع وإن لم يكن ثم ضرر.

الثانية: أن يطالب في بلد القرض، وقد شرط الأداء في غيره، وحكمها حكم الأولى؛ لأن الشرط لا يصيّر المال مؤجلاً، ولا سبيل الى اطراح الشرط بالكلية؛ لعموم قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»[1] فيجمع بين الحقين، وكل ما ذكر هناك فهو آت أيضاً هنا.

قوله: (ولو دفع في غير بلد الإطلاق أو الشرط وجب القبول مع مصلحة المقرض).

هنا أيضاً مسألتان كما سبق، والمحصل: أنه لما كان الحق حالاً، وكان لبلد الإطلاق وبلد الشرط علامة بوجوب الدفع فيه جمعنا بين الأمرين، بأنه إن كان على المقرض ضرورة كالاحتياج الى حمله، حيث كان ذا مؤونة، أو الخوف من النهب ونحوه لم يجب القبول، وإلا وجب. وتنقيح البحث هنا كما سبق.

وكذا ابدال اشتراط المصلحة بعدم الضرر. وذهب شيخنا الشهيد في حواشيه الى اعتبار موضع الشرط والاطلاق في وجوب الدفع والقبول، سواء كان للممتنع مصلحة أم لا.

---

(١) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣.

أما لـو كان لـه نصف آخر فدفعه عنها وجب القبول.

ح: لو دفع ما اقتـرضه ثمناً عـن سلعة اشتراها من المقرض فخرج الثمـن زيوفا، فـإن كان المقـرض عـالماً، وكان الشراء بالعين صح البيع، وعلى المقترض رد مثل الزيـوف، وإن كان في الذمة طالبه بـالثمن سليماً، وللمشتري احـتساب ما دفعه ثـمناً عن القرض.

قوله: (أما لو كان له نصف آخر، فدفعه عنها وجب القبول).

لأن المجـموع مستحق له عـنده، وليس ببعيد أنـه لـو كان نصف الدينار مضروباً على حدة، واسـتحق عـنده نصفين كذلك لا يجب الـقبـول؛ لأنه غير الحق. وفي التذكرة صوّر المسألة بما اذا اقترض نصف دينار مكسوراً[1]، وهو يومئ الى ما ذكرناه.

قوله: (فان كان المقرض عـالماً، وكان الشراء بالعين صح الـبيع، وعلى المقترض رد مثل الزيوف).

أي: إن كان المقرض عالماً بكون المدفوع ثمناً، وإن كان خلاف ما يظن بحسب الظاهـر؛ لأن ضـرر ذلك مع الجهل عليـه، وقد اندفع بـعلمه، وحيـنئذ فيجب على المقترض رد مثل الزيوف.

فان قلت: كيف صح القرض مع أنه إنما أخذها على أنها خالصة؟

قلت: الفرض أنـه لم يقع هذا الشرط في عـقد القرض ليكون منافياً، وإنما اقـترض الموجـود، غـاية مـا في الـبـاب أنه ظنها خـالصة، وذلك لا ينـافي صحة القرض.

قولـه: (وإن كـان في الذمـة طـالـبه بـالثمـن سليـمـاً، ولـلـمشتري احتساب ما دفعه ثمناً عن القرض).

أمـا الأول؛ فـلأن البيـع إنمـا جرى على نقد مخصـوص غير مـعين بالمدفوع، فينصرف اطلاقه الى الخالص، فلا يصلح دفعه ثمناً؛ لعدم المطابقة. وأما الثانـي؛

---

(١) التذكرة ٢: ٦.

ولو لم يكن عالماً، وكان الشراء بالعين كان له فسخ البيع.

ط: لو قال المقرض: اذا مت فأنت في حل كان وصية، ولو قال: إن مت كان ابراء باطلاً؛ لتعلقه على الشرط.

ي: لو اقترض ذمي من مثله خمراً، ثم أسلم أحدهما سقط القرض، ولو كان خنزيراً فالقيمة.

فلأنه حق له في يد البائع، وعليه مثله بالقرض، فيسوغ له احتسابه عنه.

قوله: (ولو لم يكن عالماً، وكان الشراء بالعين، كان له فسخ البيع).

أي: لو لم يكن البائع عالماً بكون المدفوع زيوفاً، وكان الشراء بعين الزيوف، لم يجب على البائع الرضى بكون الزيوف ثمناً للبيع. ويشكل؛ بأن الثمن المعيّن اذا خرج من غير الجنس بطل البيع، ولو خرج بعضه بطل في ذلك البعض، فحقه بطلان البيع فيما كان من غير الجنس، لا التسلط على الفسخ.

قوله: (لو قال المقرض: اذا مت فأنت في حل كان وصيّة، ولو قال: إن مت كان إبراء باطلاً، لتعلقه على الشرط).

أي: ولو قال بدل (اذا مت): (إن مت...)، والفرق بينهما: أن (اذا) ظرف في الأصل وإنْ عرض لها معنى الشرط، فكأنّه قال: وقت موتي أنت في حل، وذلك مجزوم، غير مشكوك فيه، فلا تعليق فيه فيصح. و(إنْ) حرف وُضع للشرط.

فاذا قال: (إن مت) كان مقتضياً للشك في كونه إبراء؛ لأن مقتضى تعليق الموت بكلمة (إن) الشك في حصوله، ومتى كان المعلق عليه مشكوكاً فيه، فالمعلق بطريق أولى.

ولا يضر كون الموت بحسب الواقع مقطوعاً به؛ لأن الاعتبار في الجزم وعدمه بالصيغة الواقعة ابراء، فمتى لم تكن واقعة على وجه الجزم لم تكن صحيحة.

قوله: (لو اقترض ذمي من مثله خمراً، ثم اسلم أحدهما سقط القرض، ولو كان خنزيراً فالقيمة).

يا: لو دفع المديون أعواضاً على التفاريق من غير جنس الدين قضاء، ثم تغيّرت الأسعار كان له سعر يوم الدفع، لا وقت المحاسبة وإن كان مثلياً.

ولو كان الدفع قرضاً لا قضاء كان له المثل إن كان مثلياً، وإلا فالقيمة وقت الدفع، لا وقت المحاسبة في البابين معاً.

الفرق، أن الخنزير لو كان مالاً لكان قيمياً، كما لا يخفى، كغيره من الحيوان، بخلاف الخمر فانه مثلي، فبناء على أن اقتراض القيمي يوجب ثبوت قيمته في الذمة وقت القرض تبقى قيمة الخنزير؛ لأن الاسلام ينافي استحقاق الخنزير، لا استحقاق قيمته بخلاف الخمر.

قوله: (لو دفع المديون اعواضاً على التفاريق من غير جنس الدين قضاءً، ثم تغيرت الاسعار كان له سعر يوم الدفع، لا وقت المحاسبة وإن كان مثلياً).

لأن المدفوع إنما يعد قضاء اذا كان من جنس الدين، فلابد من احتسابه على وجه يعد من الجنس في وقت كونه قضاء وذلك حين الدفع، ولا أثر لكونه مثلياً أو قيمياً بخصوصه؛ لما قلناه.

قوله: (ولو كان الدفع قرضاً لا قضاء كان له المثل إن كان مثليا، وإلا فالقيمة وقت الدفع، لا وقت المحاسبة في البابين معاً).

لأن الواجب في قرض القيمي هو القيمة كما علم غير مرة.

واعلم أن قوله: (في البابين) ينزل على أن المراد به: الجنس وغيره، على معنى أن المراد سواء كان المدفوع قرضاً من جنس القرض الأول، أم من غيره. وينزل أيضا على أن المراد: المثلي والقيمي، ولا يستقيم؛ لأن القيمة وقت الدفع إنما تجب في القيمي خاصة، أما المثلي فالواجب فيه المثل.

وينزل أيضا على أن المراد: القرض والقضاء، وفيه مع التكرار أنه في المدفوع قضاء لا يختص هذا الحكم بما اذا كان قيمياً، فحينئذ الأول أوجه.

يب: يجوز بيع الدين بعد حلوله على الغريم وغيره، بحاضر أو مضمون حال، لا بمؤجل.

قوله: (يجوز بيع الدين بعد حلوله على الغريم وغيره، بحاضر أو مضمون حال، لا بمؤجل).

احترز بالحلول عما قبله، فلا يصح؛ لعدم استحقاق شيء في الذمة حينئذ. ويشكل بأنه حق فيجوز بيعه على حالته التي هو عليها وإن لم تجز المطالبة به قبل الأجل. ورد بقوله: (وغيره) على ابن ادريس المانع من بيعه على غير الغريم[1]. وقد عرفت ضعف قوله سابقاً.

واراد بقوله: (أو مضمون): ما قابل الحاضر، فان ما في الذمة يعبر عنه بكونه مضموناً.

واحترز بقوله: (لا بمؤجل) عن البيع بالمؤجل، فانه لا يجوز بيع دين بدين، لأن المؤجل يقع عليه اسم الدين، واختاره معنى في التذكرة[2]، و هو الظاهر.

فان قلت: المضمون في الذمة أيضاً دين، فيجب أن لا يصح بيع الدين به.

قلنا: إنما يعد ديناً اذا ثبت في الذمة، فقبل ثبوته لا يعد ديناً، ولا يثبت إلا بعقد البيع، فحين جعله عوضاً لم يعد ديناً، فلم يصدق بيع الدين بالدين.

فان قلت: فالمؤجل كذلك بعين ما ذكر، فيكون البيع به جائزاً، كما اختاره الشيخ في النهاية[3].

قلنا: اسم الدين واقع على المؤجل وإن لم يكن قد ثبت في الذمة بعد؛ لأن المحققين من أهل اللغة فسّروا الكالئ بالمؤخر، وقد اطبق جميع الفقهاء على أن بيع المؤجل الموصوف بمثله باطل، أما الحال فالأمر فيه اسهل.

---

(١) السرائر: ١٦٧.
(٢) التذكرة ٢: ٣.
(٣) النهاية: ٣١٠.

يج: لا يجب دفع المؤجل، سواء كان دينا، أو ثمناً، أو قرضاً، أو غيرها قبل الأجل، فإن تبرع لم يجب أخذه وإن انتفى الضرر بأخذه، ومع الحلول يجب قبضه، فإن امتنع دفعه الى الحاكم ويكون من ضمان صاحبه.

وكذا البائع سلماً يدفع الى الحاكم مع الحلول، ويبرأ من ضمان المشتري.

اذا عرفت هذا، فلا بد أن تعلم أن المراد بالمضمون: ما ليس ديناً للمشتري في ذمة آخر، فان ذلك بيع دين بدين، ومثله مالو كان لكل منها على الآخر دين، فتبايعا بالدينين على الأظهر. وقد سبق التنبيه على هذه في الصرف.

قوله: (لا يجب دفع المؤجل، سواء كان ديناً، أو ثمناً، أو قرضاً، أو غيرها قبل الأجل).

مقتضاه أن الدين مباين للقرض والثمن، وكلامه في أول الكتاب يقتضي أن الدين واقع على كل ثابت في الذمة، سواء كان قرضا أم لا، ولهذا جعل في الدين مطلبين، ثانيها في القرض.

وفي كون الثمن لا يعد ديناً ما لا يخفى، فان اسم الدين واقع على جميع ما ثبت في الذمة ببيع، أو قرض، أو غيره من عقود المعاوضات، أو اتلاف، أو تسبيب فيه أو نذر ونحو ذلك.

وفي قوله: (أو غيرها) ما يقتضي مغايرة الدين للحقوق الثابتة في الذمة بما سوى هذه الامور.

قوله: (فان تبرع لم يجب أخذه وإن انتفى الضرر باخذه).

خلافاً لبعض العامة[1].

قوله: (وكذا البائع سلماً يدفع الى الحاكم مع الحلول).

مقتضى العبارة: أن حكم البائع سلماً لم يندرج في عموم ما سبق،

---

(١) قاله مالك في المدونة الكبرى ٥: ٢١٧.

مركز تحقيقات كامپيوتري علوم اسلامى

وكذا كل من عليه حق حال، أو مؤجل فحل فامتنع صاحبه من أخذه، ولو تعذر الحاكم وامتنع صاحبه من أخذه فالأقرب أن هلاكه منه لا من المديون.

وليس كذلك؛ لاندراجه في عموم المؤجل، فيكون تكراراً.

ويمكن الجواب بأن ذكره بخصوصه لا يقتضي عدم اندراجه في عموم السابق؛ لأنه ربما كان ذكره اعتناءً بحاله.

قوله: (ولو تعذر الحاكم، فامتنع صاحبه من أخذه فالأقرب أن هلاكه منه، لا من المديون).

وجه القرب: أن هلاكه من المديون ضرر عظيم، فيكون منفياً؛ للنص الدال على نفيه، وهذا هو الأصح.

مركز تحقيقات كامپيوتري علوم اسلامي

فان قيل: الدين إنما يتعين بقبض المالك، أو من يقوم مقامه، ومن ثم كان للمديون تغييره ما لم يقبض، فكيف يتعين التالف للمدين؟ وهو وجه الاحتمال الآخر الضعيف.

قلنا: التعين كما يتوقف على قبض المالك يتوقف على تعيين المديون، فاذا امتنع أحدهما في محل الوجوب وجب أن يسقط اعتباره؛ حذراً من لزوم الضرر، و من ثم يجوز أخذ الدين اذا ظفر المالك بمال للمديون الممتنع من الأداء، وتعذر الأخذ بالحاكم، ويكون تعيين المالك كافياً.

ولا يخفى أنه إنما يجب القبض في الحال اذا ساوى المدفوع الدين جنساً ووصفاً وقدراً، فلو فقد أحد الامور الثلاثة لم يجب القبض قطعاً.

وهل يعتبر الاشهاد في ذلك؟ الذي يقتضيه النظر اعتباره؛ لثبوت الدعوى بالتعيين عند الامتناع لو أنكره المدين، لا لتحقق ذلك في نفس الأمر.

واعلم أن في انسحاب هذا الحكم فيمن اجبره الظالم على دفع نصيب شريكه الغائب في مال على حكم الاشاعة، بحيث يتعين المدفوع للشريك، فلا يتلف منها معا تردداً.

يد: لو أسقط المديون أجل الدين الذي عليه لم يسقط، وليس لصاحبه المطالبة في الحال.

يه: لو اقترض دراهم ثم اسقطها السلطان وجاء بدراهم غيرها لم يكن عليه إلا الدراهم الأولى، فإن تعذرت فقيمتها وقت التعذر.

ومثله ما لو تسلط الظالم بنفسه، وأخذ قدر نصيب الشريك، لم أجد للاصحاب فيه تصريحاً بنفي ولا إثبات، مع أن الضرر قائم هنا أيضاً، والمتجه عدم الانسحاب.

بقي شيء، وهو أن المالك اذا امتنع من قبض حقه في موضع وجوب القبض وتعذر الحاكم، قد بينا زوال الضمان عنه بتعيينه، فهل انتفاء ضمانه مشروط بالحفظ بمجرى العادة، فيكون أميناً، أم لا، فلا يكون الحفظ واجباً عليه؟

لم أجد به تصريحاً، لكن قوة كلام الأصحاب تشهد للثاني، حيث اطلقوا نفي الضمان عنه؛ دفعاً للضرر ولو وجب الحفظ الدائم لبقي الضرر المحذور، ويلزم الضمان بالتقصير فيه. ويتجه الفرق بين ما اذا عرضه على البائع بعد تعيينه، ولم يأت به لكنه اعلمه بالحال، وبين ما اذا اتاه به وطرحه عنده، فينتفي وجوب الحفظ في الثاني دون الأول وإن اشتركا في عدم الضمان.

قوله: (لو أسقط المديون أجل الدين الذي عليه لم يسقط، وليس لصاحبه المطالبة في الحال).

لأن ذلك قد ثبت بالعقد اللازم، لأنه المفروض، فلا يسقط بمجرد الاسقاط، ولأن في الأجل حقاً لصاحب الدين، ولهذا لا يجب عليه قبوله قبل الاجل.

أما لو تقايلا في الأجل فانه يصح، ولو نذر التأجيل فانه يلزم، وينبغي أن لا يسقط بتقايلها، اذ الإقالة في العقود، لا في النذور.

قوله: (فان تعذر فقيمتها وقت التعذر).

ويحتمل وقت القرض

هذا مختار الشيخ[1] و ابن البراج[2]؛ لأنه وقت الانتقال الى البدل الذي هو القيمة. ويشكل؛ بأن التعذر بمجرده لا يوجب الانتقال الى القيمة؛ لعدم وجوب الدفع حينئذ، فلامقتضي له، والأصل بقاء ما كان على ما كان،ولا محذور في كون الشيء ثابتاً في الذمة وإن تعذر تسليمه ما لم يجب دفعه.

ولا وجوب إلا بالمطالبة، وهو المفهوم من فتوى الدروس، فانه صرح فيه بوجوب قيمتها وقت الدفع، لا وقت التعذر، ولا وقت القرض[3]، ولا يريد بها إلا قيمة وقت المطالبة، وإن كان في عبارته تساهل، وما اختاره هو الأصح.

قوله: (ويحتمل وقت القرض).

أي: ويحتمل وجوب القيمة يوم القرض؛ لسبق علم الله بتعذر المثل وقت الأداء، فيكون الواجب حينئذ هو القيمة، وبه رواية صحيحة[4]. وليس بشيء، اذ لا ملازمة بينها، ولا محذور في أن الثابت في الذمة وقت القرض المثل، وينتقل بالتعذر عند المطالبة الى القيمة، فلا دليل على اخراج هذا من عموم وجوب المثل في المثلي، وما قدمناه هو الأصح.

وفي رواية عن الرضا عليه السلام: أن عليه دراهم تجوز بين الناس كما أخذ ما ينفق بين الناس[5]، ونزّلها الشيخ على أنه يؤخذ منه ما ينفق بين الناس بقيمة الدراهم الأولى بما ينفق بين الناس؛ لأنه قد تسقط الدراهم الأُولى حتى لا تكاد توجد أصلاً، فلا يلزمه أخذها، وهو لا ينتفع بها[6]، وبمضمون الرواية افتى ابن بابويه[7]، والمتجه ما قدمناه.

---

(١) النهاية: ٣٨٤.

(٢) نقله عنه في المختلف: ٤١٥.

(٣) الدروس: ٣٧٧.

(٤) الكافي ٥: ٢٤٨ حديث ١٦، الفقيه ٣: ١٨٤ حديث ٨٢٩.

(٥) الكافي ٥: ٢٥٢ حديث ١، الفقيه ٣: ١١٨ حديث ٥٠٣، التهذيب ٧: ١١٦ حديث ٥٠٥، الاستبصار ٣: ١٠٠ حديث ٣٤٥.

(٦) قاله الشيخ في الاستبصار ٣: ١٠٠ ذيل حديث ٣٤٥.

(٧) الفقيه ٣: ١١٨ ذيل حديث ٥٠٣.

من غير الجنس لا من الدراهم الثانية، حذراً من التفاضل في الجنس المتحد، وكذا لو جعل قيمتها أقل.

ولو ضارب فالأقرب أن رأس المال الدراهم الساقطة، مع احتمال جبر النقص بالربح.

ولو سقطت أو نقصت بعد البيع لم يكن للبائع إلا النقد الأول.

قوله : (من غير الجنس . . .) .

الجار متعلق بمحذوف، على أنه مع المجرور حال من قيمتها أو صفة لها، وإنما يلزم الربا لأن الظاهر أنه اذا بطل رواجها دراهم لم تبق إلا باعتبار النقد، وهو انقص باعتبار أن للسكة اعتباراً، فتزيد بها القيمة.

قوله : (وكذا لو جعل قيمتها أقل) .

أي: ومثل ما لو اسقطها ما اذا جعل قيمتها أقل مما كانت، فانّ أخذ القيمة من غير الجنس ـ حذراً من الربا ـ متعين.

قوله : (ولو ضارب، فالأقرب أن رأس المال الدراهم الساقطة) .

وجه القرب: أنها رأس المال، فكيف تتصور المطالبة بغيرها؟ ولأن المضاربة إنما انعقدت بالنسبة اليها، والأصل بقاء ما كان.

قوله : (مع احتمال جبر النقص بالربح) .

ووجهه: أنه نقص حصل بعد الدوران في التجارة. ويضعّف؛ بأن رأس المال بحاله، والنقص الذي يجب جبرانه هو النقص عن رأس المال، ولم يحصل، فان نقصان قيمة رأس المال لا يعد نقصاناً في رأس المال، وهو ظاهر، والأول أصح.

قوله : (ولو سقطت أو نقصت بعد البيع، لم يكن للبائع إلا النقد الأول) .

أي: ولو سقطت الدراهم، أو جعلت قيمتها ناقصة بعد صدور بيع بثمن من الدراهم لم يستحق البائع إلا النقد الذي كان وقت البيع؛ لوجوب حمل اطلاق

ولو تعاملا بعد النقص والعلم فلا خيار، وإن كان قبل العلم فالوجه ثبوت الخيار للبائع، سواء تبايعا في بلد السلطان أو غيره.

المقصد الثاني: في الرهن: وهو وثيقة لدين المرتهن، وأركانه أربعة: الصيغة، والمحل، والعاقد، والحق. فهنا فصول:

العقد على المتعارف حينئذ أو الغالب.

قوله: (ولو تبايعا بعد النقص والعلم...).

أي: علم البائع؛ لأنه لا ضرر على المشتري لو لم يعلم.

قوله: (وإن كان قبل العلم فالوجه ثبوت الخيار للبائع...).

لأنه نقص سابق على العقد، ولم يعلم به فيكون عيباً أو كالعيب؛ لثبوت نقص المالية به. ويحتمل العدم؛ لعدم الزيادة والنقيصة عن المجرى الطبيعي.

ويضعف؛ بأن المراد بالنقيصة والزيادة باعتبار الغالب، ولهذا يعد كون الضيعة منزلة الجيوش عيباً مع عدم نقصان قيمتها ولا زيادة، وهذا المعنى ثابت هنا؛ لأن الساقط أو الذي نقصت قيمته قد صار ناقصاً باعتبار العرف الغالب.

ولا يتفاوت هذا الحكم بكون البلد بلد السلطان وغيره؛ للاستواء فيما قلناه، وتفاوت البلدان بكون الأمر في ذلك متفاوتاً بالظهور والخفاء لا أثر له.

قوله: (وهو وثيقة لدين المرتهن).

لما كانت التاء في (وثيقة) لنقل اللفظ من الوصفية الى الاسمية المحضة - كالتاء في لفظ الحقيقة - لم يرد عدم المطابقة بين المبتدأ والخبر في التذكير والتأنيث، ولا يرد عليه لزوم الدور، باعتبار أخذ المرتهن في التعريف؛ لإمكان كشفه بصاحب الدين، أو بمن له الوثيقة، فلا يلزم توقفه على معرفة مفهوم الرهن.

وعرفه في الدروس: بأنه وثيقة للمدين، يستوفي منه المال[1] ويرد عليه الرهن على الدرك وعلى الصنجة، اذ لا دين هناك إلا أن يقال: هو رهن لاستيفاء الدين على تقدير ظهور الخلل في الصنجة، والاستحقاق في المبيع؛ لثبوت الدين حينئذ. وفيه تكلف، مع أن الثمن قد يبقى بحاله، فلا يكون ديناً.

---

(١) الدروس: ٣٩٥.

الأول : الصيغة: ولابد فيه من ايجاب كقوله: رهنتك ، أو هذا وثيقة عندك على كذا، أو ما أدى معناه من الألفاظ، وتكفي الاشارة مع العجز كالكتابة وشبهها. وقبول كقوله: قبلت، أوما يدل على الرضى.

قوله : (ولابد فيه من ايجاب، كقوله: رهنتك ، أو هذا وثيقة).

قال في التذكرة: الخلاف في الاكتفاء فيه بالمعاطاة، والاستيجاب والايجاب عليه المذكورة في البيع بجملته آت هنا[1]. ويشكل؛ بان باب البيع ثبت فيه حكم المعاطاة بالاجماع بخلاف ما هنا، أما الاستيجاب والايجاب فنعم.

قوله : (وتكفي الاشارة مع العجز، كالكتابة وشبهها).

ليست الكتابة من أفراد الإشارة، فيكون ذكرها بالكاف للتشبيه في الحكم لا للتمثيل، واعتبر في التذكرة مع الكتابة الإشارة الدالة على الرضى، فلا تكفي الكتابة من دونها[2]، وهو حق؛ لعدم العلم بثبوت القصد الى الرهن؛ لإمكان العبث، أو ارادة أمر آخر.

قوله : (وقبول، كقوله: قبلت، أو ما يدل على الرضى).

مثل: رضيت ونحوه، ولابد في الإيجاب والقبول من كونها بلفظ الماضي؛ لأنه صريح في الإنشاء. ولعدم الدليل الدال على ثبوت الرهن من دونه، صرح به في التذكرة[3].

وكذا لابد فيها من التطابق، ووقوع القبول مع الايجاب، بحيث يعد معه جزءاً، فلو تراخى أحدهما عن الآخر كثيراً لم يعتد به، قال في التذكرة: وهل يشترط في الصيغة اللفظ العربي؟ الأقرب العدم[4].

قلت: يشكل؛ بأن الإطلاق محمول على المتعارف من العربي، ولأن هذا من العقود اللازمة، فيتوقف لزومه على العربية؛ لأصالة العدم بدونه.

---

(١) التذكرة ٢: ١٢.

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق.

(٤) التذكرة ٢: ١٢.

وهل يقوم شرط الرهن في عقد البيع مقام القبول؟ نظر، وشرط ما هو من قضايا الرهن كعدمه، كقوله: على أن يباع في الدين، أو يتقدم به على الغرماء.

ولو شرط ما ينافي العقد بطل كالمنع من بيعه في حقه.

أما لو شرط في البيع اذن فلان، أو بكذا فالوجه الصحة. وكذا يصح لو شرط أن ينتفع به المرتهن، أو يكون النماء المتجدد رهنا.

لا يقال: عموم (اوفوا بالعقود)[1] ينافي الاشتراط.

لأنا نقول: نمنع صدق العقد بالعجمية مع إمكان العربية.

قوله: (وهل يقوم شرط الرهن في عقد البيع مقام القبول؟ نظر).

لا يخفى أنه لا بد من تصوير المسألة، بما اذا كان إيجاب الرهن عقيب ايقاع البيع، بحيث لا يقع بينهما تراخ، يمنع كون أحدهما مع الآخر جزءاً للعقد؛ لاشتراط وقوع أحدهما عقيب الآخر على الفور عادة.

ومحصل ما هنا: أن الواقع في عقد البيع من الرضى بالرهن الذي دل عليه الاشتراط، هل يكون قبولاً معتبراً أم لا، باعتبار تقدمه على الإيجاب؟

ومنشأ النظر من: أصالة عدم اشتراط التأخر عن الايجاب، ومن أن صحة الرهن موقوفة على حصول الصيغة المعتبرة شرعاً، والأصل عدم اعتبار ما تقدم فيه القبول على الايجاب، ولأن القبول عبارة عن الرضى بالايجاب، فقبل حصول الايجاب لا يتحقق الرضى به، اذ ليس ثمة شيء يرضى به، فالأصح عدم الاكتفاء به.

قوله: (أما لو شرط في البيع إذن فلان، أو بيعه بكذا فالوجه الصحة).

أي: لو شرط في عقد الرهن أن لا يباع إلا باذن فلان مثلاً، أو شرط أن لا يباع إلا بكذا، فان الوجه عند المصنف الصحة؛ لعدم المنافاة لمقصود الرهن؛

---

(١) المائدة: ١.

ولو شرط عليه رهن في بيع فاسد، فظن اللزوم فرهن، فله الرجوع.

ويصح الرهن سفراً وحضراً، وهو عقد لازم من جهة الراهن خاصة، فإن أدى، أو أُبرئ، أو أسقط المرتهن حقه من الرهن كان له أخذه، ولا يجب على المرتهن دفعه مع خروجه عن الرهانة، إلا بعد المطالبة به، ويبقى أمانة في يده.

لأن الأول توكيل، وقد يتعلق بالثمن المقصود غرض الراهن، وبدونه يحصل عليه ضرر. ويحتمل العدم؛ لأن فلاناً قد لا يأذن، والثمن المعين قد لا يبلغه الرهن، فيتعذر أخذ الدين من قيمته، فينتفي مقصوده، فيكون الشرط منافياً، والمسألة موضع تردد، والبطلان لا يخلو من قوة.

قوله: (ولو شرط عليه رهن في بيع فاسد، فظن اللزوم فرهن، فله الرجوع).

وجه ذلك: أنه مساوٍ لما لو باع مال أبيه على ظن أنه حي، فبان ميتاً. وفيه نظر؛ لأن هذا غير قاصد الى البيع، وفي مسألة الرهن قاصد الى الرهن. غاية ما في الباب أنه اوقعه على اعتقاد وجوبه عليه؛ لكون سببه صحيحاً.

ويجيء في نظائره مثله، كما لو أبرئت ذمة الزوج بظن صحة الطلاق، فتبين الفساد، أو وهب من واهبه بظن صحة الهبة الأولى، وإن قارن الثانية ما يقتضي اللزوم، وامثال ذلك.

قوله: (فان أدى أو أُبرئ ...).

أي: فان أدى الراهن الدين، أو ابرأه المرتهن، أو اسقط المرتهن حقه من الرهن، فيكون (أُبرئ) و(أسقط) قد تنازعا المرتهن.

قوله: (ولا يجب على المرتهن دفعه مع خروجه عن الرهانة، إلا بعد المطالبة).

وكذا كل حق كان ثبوته في اليد باذن شرعي كالمستأجر.

الثاني: المحل: وشروطه أربعة: أن يكون عيناً،مملوكة، يصح قبضه للمرتهن، ويمكن بيعه. فلا يصح رهن المنافع، ورهن المدبر إبطال للتدبير على رأي، فلو شرط رهن الخدمة فيه بطل على رأي.

قوله: (مملوكة...).

المتبادر من قوله: (مملوكة) مع قوله فيما بعد: (ولا ما لا يملك) كونها مملوكة للراهن، ويرد عليه المستعار، ولو أراد بذلك كونها مما يملك لم يكن لقوله: (ولا ما لا يملك، فيقف على الإجازة) وجه.

فلا يصح رهن المنافع؛ لأن المطلوب بالرهن لا يحصل بها، اعني: التوثق؛ لأنها تستوفى شيئاً فشيئاً، وكلما حصل منها شيء عدم ما قبله والمطلوب الرهن، بحيث متى تعذر استيفاء الدين استوفي من قيمته.

قوله: (ورهن المدبر إبطال للتدبير على رأي).

هذه المسألة لا ارتباط لها برهن المنافع، إلا باعتبار ما بعدها. واعلم أن المخالف في ذلك الشيخ[1] وجماعة[2]. ومبنى القولين على أن التدبير عتق بصفة، فلا يبطل بالرجوع، أو وصية فيبطل به، والأصح الثاني. وإنما كان الرهن رجوعاً؛ لأن مقصوده استيفاء الدين من قيمته، فهو منافٍ للوصية باعتبار مقصوده.

قوله: (فلو شرط رهن الخدمة فيه، بطل على رأي).

أي: بناء على بطلان التدبير بالرهن لو شرط رهن الخدمة في المدبر، سواء رهنه مع ذلك أم لا، بطل الشرط والرهن، إلا أن ابتناءه على بطلان التدبير غير واضح، وإن كان الشيخ[3] وجماعة قد حكموا بانصراف الرهن الى خدمة المدبر اذا رهنه نفسه، بناء على عدم بطلان تدبيره والحكم بصحة الرهن.

---

(١) المبسوط ٢: ٢١٣.

(٢) منهم: ابن ادريس في السرائر: ٢٦١.

(٣) المبسوط ٢: ٢١٣.

ولا رهن الدين، ولا ما لا يملك فيقف على الإجازة. ولو ضمه مع المملوك مضى فيه، ووقف الآخر على اجازة المالك.

ولا رهن ما لا يصح تملكه كالحشرات، ولا ما لا يملكه المسلم إن كان أحدهما مسلماً كالخمر وإن كان المرتهن ذمياً أو الراهن عبداً لمسلم، وإن وضعها على يد ذمي على رأي.

ولا يقال: إن هذا متفرع على قوله: (فلا يصح رهن المنافع)، لأن اختصاص هذا الفرد بالذكر لا وجه له، ولأن توسيط قوله: (ورهن المدبر...) يكون لغواً محضاً.

قوله: (ولا رهن الدين).

لأن مقصود الرهن لا يحصل به؛ لأن المراد: الاستيثاق بما يرجع الى قيمته عند الاحتياج اليه، وذلك إنما يكون في الاعيان، ولظاهر قوله تعالى: (فرهان مقبوضة)[1] وليس شأن الدين أن يكون مقبوضاً، اذ هو أمر كلي لا وجود له في الخارج.

وتعجب شيخنا الشهيد في الدروس[2] من المصنف، حيث حكم بعدم صحة رهن الدين مع قوله: بان القبض ليس شرطاً في الرهن، وتعجبه في غير موضعه؛ لأن قوله: بان القبض غير شرط في تحقق عقد الرهن، والحكم بصحته لا ينافي اشتراط كون الرهن مما لا يقبض مثله، نظراً الى أن مقصوده لا يحصل إلا بكونه مما يقبض، كما ارشدت اليه الآية الكريمة[3]، وأحدهما غير الآخر، اذ الأول ناظر الى الحكم بصحة الرهن من دونه، اذا كان المرهون مما يقبض، والثاني ناظر الى أن ما لا يقبض مثله عادة لا يصح رهنه، وأين هذا من ذاك؟

قوله: (وإن كان المرتهن ذمياً، أو الراهن عبداً لمسلم، وإن وضعها

---

(١) البقرة: ٢٨٣.

(٢) الدروس: ٣٩٧.

(٣) البقرة: ٢٨٣.

ولا الأرض المفتوحة عنوة، ويصح رهن الأبنية والأشجار فيها.
ولا رهن الطير في الهواء، ولا السمك في الماء،

على يد ذمي على رأي).

عطف بـ(إن) الوصلية للتنبيه على اندراج هذه المسائل التي هي في محل الخفاء في اطلاق قوله: (ولا مالا يملكه المسلم إن كان أحدهما مسلماً) فان كون المرتهن ذمياً قد تتخيل بسببه صحة الرهن؛ لان مقصوده عائد عليه. وليس كذلك؛ لأن الرهن إنما يصح اذا كان للراهن سلطنة ملك على الرهن، أو مافي حكم ذلك كالمستعار من غير المالك، وقد عرفت انتفاء الأمرين. وكذا لو كان الراهن عبداً لمسلم، وهو ذمي، فان يده يد مولاه، وكذا لو وضع المسلم الخمر على يد ذمي، لأن الذمي حينئذ وكيل المسلم، فيده يده.

وفي بعض النسخ: (أو الرهن عند المسلم) بحذف الف الراهن وقراءة عند بالنون، لكن في هذه العبارة حينئذ قبح؛ اذ ليس هذا فرداً خفياً، فان جعل الخمر مرهونة عند المسلم ليس اخفى ليعطف على المعطوف بـ(إن).

ولو ضم إليه (وضعها على يد ذمي) لوجب إسقاط (إنْ) الأُخرى، ولو أنه قال: وإن كان المرتهن ذمياً، أو الرهن عبد المسلم على يد ذمي، الى آخره لكان أولى، والقائل بصحة الرهن للخمر عند المسلم اذا وضعت على يد ذمي هو الشيخ في الخلاف[1] والأصح خلافه.

وعبارة المصنف تحتمل ارادة عود الرأي الى جميع ما تقدم، والى الاخير خاصة.

قوله: (ولا رهن الطير في الهواء).

ينبغي أن يقال: اذا كان مملوكاً، ووثق بعوده عادة يصح رهنه.

قوله: (ولا السمك في الماء).

اذا كان غير مملوك، أو مملوكاً لا يقدر عليه، وإلّا صح.

---

(١) الخلاف ٢: ٦٤ مسألة ٥٢ كتاب الرهن.

ولا العبد المسلم، أو المصحف عند الكافر، فإن وضعا على يد مسلم فالأقرب الجواز. وكذا يجوز رهن الحسناء عند الفاسق لكنه يكره.

و لا رهن الوقف، ولا المكاتب وإن كان مشروطاً،

قوله: (ولا العبد المسلم، أو المصحف عند الكافر، فان وضعا على يد مسلم فالأقرب الجواز).

هذا هو الأصح، واطلق في البيع المنع؛ نظراً الى أنه سبيل للكافر على المسلم. وفيه نظر؛ لأنه اذا لم يكن تحت يده فانما يستحق الاستيفاء من قيمته ببيع المالك أو وكيله أو الحاكم، وذلك لا يعد سبيلاً بوجه من الوجوه، فان هذا المقدار مستحق له وإن لم يكن هناك رهن، وثمرة الرهن الاختصاص بالاستيفاء من قيمته ببيع من له ذلك من دون سائر الغرماء.

قوله: (وكذا يجوز رهن الحسناء عند الفاسق، لكنه يكره).

رد بذلك على بعض العامة، المانع من الصحة إلّا مع المحرمية[1]، ومثل الجارية الحسناء الغلام.

قوله: (ولا رهن الوقف).

وإن بلغ مرتبة يجوز بيعه، إما لخلف بين أربابه، أو لغير ذلك؛ لأن ما يباع للخلف يشترى بثمنه ما يوقف، وما يباع للحاجة قد يتطرق اليه في وقت الاحتياج الى بيعه للرهن عدمها، فلا يكون مقصود الرهن حاصلاً.

قوله: (ولا المكاتب، وإن كان مشروطاً).

لأن الكتابة عقد لازم لا يمكن استيفاء الدين معها، فلو كانت مشروطة، وعجز فهل يصح رهنه حينئذ؛ لأن للمالك الفسخ، ويكون الرهن فسخاً؟ قال في التذكرة: الأقرب ذلك[2] وما اشبه هذا بتصرف ذي الخيار، وقد سبق صحته.

---

(١) قاله القاضي أبو الطيب، انظر: المجموع ١٣: ٢٢١.

(٢) التذكرة ٢: ٢٢.

وفي رهن أم الولد في ثمن رقبتها مع اعسار المولى اشكال، ومع يساره اشكل،

وتكون ارادة العقد المستلزم كونها معتبرة للفسخ فسخاً، اذا قارنها التصرف، وتكون مقارنة التصرف كاشفة عن تأثيرها الفسخ، ولا استبعاد في ذلك؛ صيانة للعقد الصادر ممن له اهلية عن اللغو.

قوله: (وفي رهن أم الولد في ثمن رقبتها مع اعسار المولى اشكال).

ينشأ: من جواز بيعها فالرهن أولى، ومن أن الرهن يقتضي جواز البيع عند العجز، أو امتناع الراهن من الأداء بشروط البيع، والاستيلاد سبب مانع من البيع موجود حال الرهن.

والاعسار عن ثمنها مانعيته حال الرهن لا تقتضي بطلانها مطلقاً، بل الأصل عدم بطلان مانعيته في وقت الاحتياج الى بيعه؛ للشك في السبب، فلا يتحقق مقصود الرهن المطلوب منه، فيكون باطلاً.

فان قلت: فلا يجوز رهن المرتد عن فطرة والجاني؛ لوجود السبب المانع من البيع في الجملة، فيكون كالاستيلاد، وسيأتي ما يقتضي جوازه.

قلت: بينهما فرق، فان الاستيلاد مانع من البيع، غاية ما في الباب أن مانعيته قد بطلت بالاعسار في ثمن أم الولد، فتبقى متحققة فيما عدا ذلك بخلاف الردة والجناية، فانهما غير مانعين من البيع لبقاء المالية.

غاية ما في الباب أن ذلك سبب لاستحقاق القتل والاسترقاق المانع من مقصود الرهن، وهذا غير موجود، ولا معلوم الوجود، فلا مانع حينئذ، بل المانع متوقع الوجود، فهو كرهن المريض، فاتضح الفرق. وفي عدم جواز رهن أم الولد مطلقاً قوة.

قوله: (ومع يساره اشكل).

لامتناع البيع حينئذ، فيكون جواز الرهن مع اليسار أبعد، ووجه الصحة: أن الرهن ليس بيعاً، وقد لا يفضي الى البيع، فلا يجب الحكم ببطلانه فيما لا يصح بيعه؛ لإمكان حصول الفائدة منه، وهي معنى التوثق بوجه آخر، فان

وغير الثمن أشد اشكالاً.

ويصح رهن ذي الخيار لأيها كان،

المالك اذا صار محجوراً عليه في ماله، بحيث يمنع من نحو العتق مثلاً، كان ذلك سببا باعثاً له على أداء الدين وزوال الحجر. ويضعف؛ بأن المقصود الأصلي من الرهن استيفاء الدين من قيمته، فلابد في الرهن من صلاحيته لذلك ؛ لانه معرض لذلك ، وإن كان قد يحصل الأداء بوجه آخر.

وقد بنى الشارح ولد المصنف هذه المسألة على أن صحة الرهن مشروطة بإمكان البيع بالفعل دائماً، أو امكانه في الجملة[1]، وفي هذا البناء للنظر مجال.

واعلم أن في بعض حواشي شيخنا الشهيد: أن في قوله: (اشكل) نظراً؛ لأن أفعل التفضيل لا يبنى من رباعي، إلا ماشذ نحو: ما اعطاه، قال: ولو قرئ بالفتح على أنه فعل ماضي لجاز، لكنه يفوت المعنى. قلت: فيه مع فوات المعنى سماجة العبارة، وخلوها عن حسن النظم.

قوله : (وغير الثمن أشد اشكالاً).

إنما كان الجواز أشد اشكالا حينئذ للبعد عن الجواز باعتبار انتفاء كل من جزئي السبب، فانه مع بقاء أحدهما يكون اقرب اليه؛ لتوقفه على حصول الجزء الآخر فقط.

بخلاف ما اذا لم يكن واحد منها موجوداً، فانه يتوقف على وجودهما معاً، والأصح عدم الجواز مطلقاً، وقول ابن الجنيد بجواز رهن أُم الولد مطلقاً ضعيف[2].

قوله : (ويصح رهن ذي الخيار لأيها كان).

يمكن أن يكون المصدر مضافاً الى مفعوله، والمعنى: يصح رهن ما فيه الخيار لأيّ المتعاقدين كان الخيار له، فيكون الخيار متعلقاً بـ(يصح)، أي: يصح ذلك لكل من ثبت له الخيار منها، فيكون المجرور في خبر (كان) هو العائد. وفيه

---

(١) ايضاح الفوائد ٢: ١٢.

(٢) نقله عنه في المختلف: ٤٢٢.

ورهن الأُم دون ولدها الصغير وإن حرمنا التفرقة، وحينئذ إما أن يبيع الأُم خاصة ويقال: تفرقة ضرورية،

تكلف؛ لأن ذا الخيار هو صاحبه، فيكون المصدر مضافاً الى فاعله، أي: يصح رهن صاحب الخيار ما فيه الخيار، ومتعلق الجار في (لأيها) محذوف، والجار والمجرور في موضع الوصل، و(كان) فيه ناقصة، وهي صلة الموصول. والتقدير: وإن كان الخيار لأي المتعاقدين كان له.

ويمكن أن يكون متعلق الجار محذوفاً، على أنه حال من الخيار، والتقدير: ويصح رهن ذي الخيار ثابتاً لأيها كان الخيار له، والعائد في الموضعين هو الضمير المجرور في الخبر.

ولا يجوز أن تكون (كان) تامة؛ لئلا يبقى الموصول بغير عائد، سواء كان للبائع أم للمشتري، فان كان صاحب الخيار البائع فرهنه يعد فسخاً على المتجه، وإن كان المشتري كان اجازة.

وفي الدروس اسند الحكم في ذلك الى الفاضلين، ولم يفتِ بشيء[1]. أما رهن المشتري في مدة خيار البائع فينبغي أن يكون كبيعه، وقد سبق عدم صحته من دون الاجازة.

قوله: (ورهن الأُم من دون ولدها الصغير وإن حرمنا التفرقة).

لأن الرهن لا يعد تفرقة، نعم لو قلنا بجواز بيعها منفردة بعد الرهن احتمل عدم جواز إفرادها بالرهن؛ لأن ذلك يفضي الى التفرقة المحرمة.

قوله: (وحينئذ إما أن يبيع الأُم خاصة، ويقال: تفرقة ضرورية).

أي: وحين رهنها منفردة لجوازه إما أن يبيع المرتهن بإذن الراهن، أو تكون قراءته بالنون، على معنى: نحن نبيع ـ أي: نأمر بالبيع على حد: (أو نقول: يباعان)ـ الأُم خاصة.

ولا مانع من التفرقة حينئذ، لأنها ليست مستندة الى اختيار الراهن، بل

---

(١) الدروس: ٤٠٢.

أو نقول: يباعان ثم يختص المرتهن بقيمة الأُم فتقوّم منفردة، فاذا قيل: مائة، ومنضمة يقال: مائة وعشرون، فقيمة الولد السدس. ويحتمل تقدير قيمة الولد منفرداً حتى تقل قيمته، فاذا قيل: عشرة فهو جزء من أحد عشر.

هي ضرورية بسبب الرهن. وفيه نظر؛ لأن الرهن اقتضى بيعها، لا بيعها منفردة، والتفرقة محرّمة بالنص، فيجب بيع الولد معها، اذ لا ضرورة حينئذ الى التفرقة، فيكون استحقاق بيعها مستنداً الى الرهن، ووجوب بيع الولد مستنداً الى تحريم التفرقة.

قوله: (أو نقول: يباعان، ثم يختص المرتهن بقيمة الأُم).

وجهه يظهر مما سبق، وهو أقوى.

قوله: (فتقوّم منفردة، فاذا قيل: مائة، ومنضمة يقال: مائة وعشرون، فقيمة الولد السدس).

أي: بناء على بيعها معاً، واختصاص المرتهن بقيمة الأم إنما يختص بقيمتها منفردة؛ لأن استحقاقه المتعلق بها مستند الى رهنها، وليس له تعلق بولدها، فيجب أن تقوّم منفردة عن ولدها ليوفى الحق الثابت له بالرهانة، فتنظر قيمتها منفردة، وقيمتها مع الولد، فما زاد على قيمتها حال الانفراد يكون للراهن، والقيمة للمرتهن.

واعلم أن تقدير عبارة الكتاب: فاذا قيل: قيمتها منفردة مائة، وقيمتها منضمة مائة وعشرون إلى آخره، فحذف منفردة لدلالة منضمة عليه، ولأن قوله: (فتقوّم منفردة) يرشد اليه أيضاً.

لكن في العبارة مناقشة؛ لأن مائة وعشرون ليست قيمتها منضمة، أي: حال الانضمام، بل قيمتها وقيمة الولد معاً، وإنما قيمتها منضمة من ذلك مائة وتسعة وجزء من أحد عشر جزءاً من درهم، فتسامح في العبارة.

قوله: (ويحتمل تقدير قيمة الولد منفرداً حتى تقل قيمته، فاذا قيل: عشرة، فهو جزء من أحد عشر).

فروع :

أ: يصح رهن المشاع أو بعضه على الشريك وغيره،

وجه هذا الاحتمال: أن الزيادة الحاصلة بالضميمة مستندة الى كل من الأم والولد، فيجب تقسيطها على قيمتها. وفيه نظر؛ لأن الزيادة وإن استندت الى كل منها، لكن لا حق للمرتهن فيها؛ لأنه إنما يستحق قيمة الرهن، وهو الأم في حال انفرادها.

فان قيل: هو يستحق قيمة الأم باعتبار كونها مرهونة، فاذا زادت بالضميمة لم تخرج الزيادة عن كونها قيمة لها.

قلنا: هو لا يستحق قيمة الأُم مطلقاً، بل قيمتها على حال تعلق الرهن بها، وإنما تعلق بها منفردة، فالزيادة الحاصلة بالضميمة لمالكها؛ لأنها زيادة لم يتعلق الرهن بها.

فان قيل: وصف الانفراد هو حالها في وقت تعلق الرهن بها، وليس معتبراً في تعلقه بها، فلا يكون معتبراً في تحقق قيمتها حال الانضمام.

قلنا: بل يجب اعتباره؛ لأن الزيادة حاصلة بسبب الانضمام الذي لا حقّ للمرتهن فيه، وإنما هو مختص بالراهن.

فان قيل: هو كما لو ضم كل منُ الشخصين ماله الى مال الآخر، فحصل بسبب الضميمة زيادة في القيمة كما في مصراعي باب، فان الزيادة لهما.

قلنا: والفرق أن المالين لشخصين، وفي محل النزاع الأمة والولد لشخص واحد، واستحقاق المرتهن في الأمة إنما هو في حال الوصف الذي لا يقتضي زيادة القيمة، فتكون الزيادة في مال المالك ـأعني: الراهن ـ خالصة له اذا لم يتعلق بها حق المرتهن، وهذا هو الأصح.

فرع :

لو نقصت قيمة الأُم مع الضميمة عن حال الانفراد لم يدخل النقص على المرتهن؛ لاستحقاقه قيمتها منفردة، والضميمة حق وجب على الراهن.

قوله : (يصح رهن المشاع أو بعضه على الشريك وغيره) .

ويكون على المهاياة كالشركاء.

ب: يصح رهن المرتد وإن كان عن فطرة على اشكال، والجاني عمداً وخطأ، ولا تبطل الحقوق بل تقدم على الرهن،

أي: يصح رهن الجزء المشاع الى آخره، ويكون قبضه بقبض المجموع، وخالف أبوحنيفة في الصحة[1].

قوله: (ويكون على المهاياة كالشركاء).

أي: ويكون ذلك الجزء، أو يكون رهن ذلك الجزء واقعاً على المهاياة بين المرتهن والشركاء بالنسبة الى القبض، وكونه تحت اليد وذلك كالشركاء، أي: كمهاياة الشركاء، فكما يكون لمالك الربع ربع الزمان الذي جعل للمهاياة، كيوم من أربعة ينتفع بالمشترك فيه، يكون للمرتهن اثبات اليد عليه كذلك، فتكون المهاياة فيه بالنسبة الى المرتهن مع الشركاء لإثبات اليد، ولا امتناع في ذلك.

قوله: (يصح رهن المرتد وإن كان عن فطرة على اشكال).

الظاهر أن الاشكال في المرتد عن فطرة مع احتمال تعلقه بها، ومنشؤه من جواز بيعه فيجوز رهنه بطريق أولى، ومن أن مقصود البيع حاصل، وأما مقصود الرهن فقد لا يحصل لقتل الفطري حتماً، والآخر قد لا يتوب.

ومما ذكرناه في حكم أم الولد من التوجيه يظهر أن الأقوى هنا الجواز، ومثله الجاني، وعبارة المصنف فيه تحتمل ارادة مجيء الاشكال فيها.

فائدة: الردة الفطرية من المرأة كغيرها، فلا بد من استثنائها من اطلاق المرتد عن فطرة إن خصصنا الاشكال فيه.

قوله: (ولا تبطل الحقوق، بل تقدم على المرتهن).

في بعض النسخ: بل تقدم على الرهن، ووجه حسن ما هنا، أن ضمير (كان، وعلم، وتخير) في الكلام الذي بعده لا مرجع له إلا المرتهن، نعم لابد من

---

(١) بدايع الصنايع ٦: ١٣٨، الكتاب في شرح الكتاب ٢: ٥٦.

فإن كان عالماً بالعيب، أو تاب، أو فداه مولاه ثم علم فلا خيار؛ لزوال العيب، وإلا تخير في فسخ البيع المشروط به؛ لأن الشرط اقتضاه سليماً، فإن اختار إمساكه فليس له أرش، وكذا لا أرش لو قتل قبل علمه.

تقدير شيء هنا، وهو: بل تقدم على حق المرتهن.

قوله: (فإن كان عالماً بالعيب أو تاب، أو فداه مولاه، ثم علم فلا خيار لزوال العيب).

أي: فان كان المرتهن عالماً بالعيب في المرتد والجاني فلا خيار له، وهو ظاهر، وكذا إن تاب المرتد حيث تقبل توبته، أو فدى الجاني مولاه، ولم يكن عالما بعيبه، ثم علم فلا خيار لزوال العيب.

ولا يخفى أن قوله: (لزوال العيب) لا يصلح تعليلاً لسقوط الخيار في المسائل الثلاث؛ لعدم صحته في الأولى، وهو معلوم.

قوله: (وإلّا تخيّر في فسخ البيع المشروط به، لأن الشرط اقتضاه سليماً).

أي: وإن لم يعلم بالعيب، ولا حصلت التوبة، ولا الفداء تخير المرتهن في فسخ المشروط به، أي: بذلك الرهن؛ لأن الشرط اقتضى (رهنه) سليماً؛ لتنزيل الإطلاق على السلامة.

قوله: (فإن اختار إمساكه فليس له أرش).

لأن الأرش لفائت المبيع بحصول العيب فيه.

فان قيل: لما اقتضى الشرط رهنه سليماً وجب أن يبذل ارش الفائت؛ ليجعله رهنا.

قلنا: إنما وجب بالشرط رهن العبد، وقد حصل، وكونه معيبا لا يقتضي اشتراط رهن شيء آخر.

قوله: (وكذا لا أرش لو قتل قبل علمه).

لنحو ما قلناه، ولو قتل بعده فبطريق أولى.

ولا يجبر السيد على فداء الجاني وإن رهنه أو باعه، بل يتسلط المجني عليه، فإن استوعب الأرش القيمة بطل الرهن، وإلا ففي المقابل.

ج: لو رهن ما يسرع اليه الفساد قبل الأجل، فإن شرط بيعه وجعل الثمن رهناً صح، وإن شرط منعه بطل، وإن اطلق فالأقرب الجواز، فيباع ويجعل الثمن رهناً،

قوله: (ولا يجبر السيد على فداء الجاني وإن رهنه أو باعه).

هذه المسألة استطرادية، وليست من توابع المسألة السابقة؛ بدليل قوله: (وإن رهنه) وهي من أحكام الجنايات.

قوله: (بل يتسلط المجني عليه).

كان حقه: بل يتسلط المجني عليه عليه بتكرير عليه، وكأنه كره التكرار، فاكتفى بواحدة.

قوله: (وإلا ففي المقابل).

أي: وإن لم يستوعب الأرش القيمة، فيبطل الرهن في مقابل الأرش.

قوله: (لو رهن ما يسرع اليه الفساد قبل الأجل، فان شرط بيعه، وجعل الثمن رهناً صح، وإن شرط منعه بطل).

وجه الأول: أنه شرط يحصل معه المقصود في رهن فيصح، بخلاف الثاني فانه لمنافاته مقصود رهن العين يبطل.

قوله: (وإن أطلق فالأقرب الجواز، فيباع، ويجعل الثمن رهناً).

وجه القرب: أن المقصود من رهن العين إنما يتحقق على هذا التقدير، فيجب المصير اليه؛ صيانة لتصرفات من له اهلية التصرف عن الفساد، مع إمكان تنزيلها على وجه يصح معه من غير احتياج الى ارتكاب المجاز، أو حمل على ما لا يدل عليه العقد، فان عقد الرهن يتضمن الاذن في البيع؛ لأن الغرض الأصلي من الرهن استيفاء الدين من ثمنه. ويحتمل العدم؛ لاقتضائه البيع قبل المحل،

ولو طرأ ما عرضه للفساد فكذلك .

د: لو نذر العتق عند شرط ففي صحة رهنه قبله نظر.

وليس هو من مقتضيات الرهن.

قوله : (ولو طرأ ما عرضه للفساد فكذلك) .

وجهه: أن الرهن قد صح ولزم، فلا يفسد بطريان ما عرضه للفساد، والفرق بينه وبين ما سبق: أن المقتضي لطروء الفساد في الأول موجود وقت الرهن، وفي الثاني طارئ بعده.

قوله : (لو نذر العتق عند شرط ، ففي صحة رهنه قبله نظر) .

ينشأ: من بقاء الملك ، فإنه لم يخرج بالنذر عن كونه مملوكاً ، ومن أن المقصود بالرهن غير حاصل؛ لأن حصول الشرط المقتضي لخروجه عن الملك مترقب ، فينتفي مقصود الرهانة فيكون باطلاً .

ويضعّف: بأن توقع خروجه عن الملك بسبب يتجدد لا يمنع صحة الرهن، كما لو رهن مريضاً؛ لأن المعتبر في صحة الرهن استجماع شروطه حال العقد، ولا أثر لما لم يكن تجدده من المنافيات.

بل التحقيق: بناء المسألة على أن من نذر أن يفعل فعلاً عند شرط أو غدا، هل يحنث بفعل ما ينافي ذلك قبل الغد. كما لو نذر أو حلف ليأكلن هذا الطعام غداً مثلاً، هل يحنث باتلافه الآن فيكون ذلك محرماً، ويلزم به الكفارة أم لا؟

للاصحاب في ذلك قولان[1] ، ووجه ابتناء هذه المسألة على ذلك ، أنه على تقدير الحنث يكون بيع العبد ممنوعاً منه ، فيمتنع الرهن لانتفاء مقصود الوثيقة حينئذ. وعلى العدم لا أثر للمنافي الذي تجدده ممكن، ولا ريب أن الأحوط القول بعدم الصحة.

---

(١) قال بالحنث الشيخ في المبسوط ٦: ٢٢٨، ويحيى بن سعيد في الجامع للشرائع، ٤٢١. وأما القول بعدم الحنث فقد نسبه السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٥: ٩٤ إلى بعض الأصحاب.

هـ: لو رهن عصيراً فصار خمراً في يد المرتهن زال الملك ، فإن أُريق بطل الرهن ، ولا يتخير المرتهن لحصول التلف في يده ، فإن عاد خلاً عاد الملك والرهن.

ولو استحال قبل القبض تخيّر المرتهن في البيع المشروط فيه ،

قوله : (لو رهن عصيراً، فصار خمراً في يد المرتهن زال الملك ، فان أُريق بطل الرهن) .

لا يخفى أن زوال الملك لا يقتضي زوال جميع آثاره، فتبقى الأولوية؛ لأن استبقاء الخمر للتخليل، والتخليل جائز اتفاقاً، فيبطل كونه رهناً ، لا على معنى اضمحلال أثره بالكلية، بل علاقته باقية لبقاء الأولوية. ففي الحقيقة، الملك والرهن موجودان بالقوة القريبة، لأن تخلله متوقع، وإنما الزائل كونه ملكا ورهناً بالفعل، لوجود الخمرية المنافية لذلك ، فان أُريق بطل الرهن لفوات محله. وفي العبارة لطيفة، حيث قال: (زال الملك فيما اذا صار خمراً) ولم يقل بطل الرهن. ومع الاراقة حكم ببطلان الرهن، ايذاناً بأن أثر الرهن لا يضمحل بالتخمر بالكلية، كما حققناه.

قوله : (ولا يتخير المرتهن لحصول التلف في يده) .

المفهوم من هذه العبارة: أن المرتهن اذا اشترى أو باع بشرط رهن له، فعرض للرهن التخمر في يده لا خيار له في فسخ ذلك البيع المشروط به، بدليل ما سيأتي في العبارة.

لكن ما ذكره من التعليل غير جيد؛ لأن مقتضاه: أنه لو تلف في يد الراهن يتخير في البيع، وليس كذلك ، غاية ما في الباب: أنه لو عرض ذلك قبل القبض، وقلنا بأن القبض شرط لصحة الرهن أثّر، وإلا فلا.

قوله : (فان عاد خلاً عاد الملك والرهن) .

توجيهه معلوم مما سبق.

قوله : (ولو استحال قبل القبض، تخيّر المرتهن في البيع المشروط فيه) .

فإن عاد خلاً تعلق حق المرتهن به إن لم نشترط القبض في الرهن.

ولو جمع خمراً مراقاً فتخلل في يده ملكه، ولو غصب خمراً فتخلل في يده فالأقرب انه كذلك. أما لو غصبه عصيراً فصار خمراً في يده ثم تخلل فإنه يرجع الى مالكه.

ينبغي أن يكون هذا منزلاً على القول باشتراط القبض في الرهن، أما على القول بعدم اشتراطه فلا وجه له، وبمثل ذلك صرح في التحرير قال: لو رهنه عصيراً، فصار خمراً قبل القبض بطل الرهن، ولا خيار للمرتهن في البيع الذي شرط فيه ارتهانه عندنا، ومن شرط القبض اثبت الخيار[1]. وعبارة التذكرة قريبة مما هنا[2].

قوله: (فإن عاد خلاً تعلق حق المرتهن إن لم يشرط القبض في الرهن).

لأن الرهن قدتم، لعدم توقف تمامه على القبض، ولم يبطل بالكلية بمجرد صيرورته خمراً كما عرفت.

قوله: (ولو جمع خمراً مراقاً، فتخلل في يده ملكه).

لأن الأولوية تزول بالإراقة، كما لو زال اولويته في تحجير الأرض، ونحو ذلك، فكل من حازه كان أحق به، فاذا تخلل في يده ملكه.

قوله: (ولو غصب خمراً، فتخلل في يده فالأقرب أنه كذلك).

وجه القرب: زوال ملك الأول عنها، فيكون لصاحب اليد كسائر المباحات. ويحتمل عود الملك الى المغصوب منه، فان له حقاً، وهو اثبات اليد عليها.

والتحقيق: أن الخمر قسمان:

---

(١) تحرير الأحكام ١: ٢٠٣.

(٢) التذكرة ٢: ١٩.

و: يجوز أن يستعير مالاً ليرهنه، فيذكر قدر الدين، وجنسه، ومدة الرهن.

محترمة: وهي التي اتخذت للتخليل، فان ابقاءها لذلك جائز اجماعاً، ولأنه لولا احترامها لأدى ذلك الى تعذر اتخاذ الخل، لأن العصير لا ينقلب الى الحموضة إلا بتوسط الشدة، فلو لم تحترم، واريقت في تلك الحالة لتعذر اتخاذ الخل، فهذه لو غصبها غاصب يأثم، ويجب عليه ردها، وبالتخليل يضمن المثل لو تلفت.

وغير المحترمة: ما اتخذت لغرض الخمرية. فما قربه المصنف صحيح في القسم الثاني، دون الأول.

واعلم: أن تأنيث الخمر سماعي، فالضمائر الواقعة في العبارة مذكرة عائدة اليها حقها أن تكون مؤنثة. وفي بعض النسخ (فتخللت) وهو الصواب. لكن يجب في الباقي التأنيث أيضاً.

قوله: (يجوز أن يستعير مالاً ليرهنه، فيذكر قدر الدين وجنسه ومدة الرهن).

ظاهر هذه العبارة: أن هذا على طريق الوجوب، فلا يكون الرهن صحيحاً بدونه، وإن كان ظاهر قوله فيما بعد: (ولو لم يعين تخير الراهن...) المخالفة.

ويبعد أن يقال: أن التعيين واجب، ولو أخل به تخير، تمسكاً بظاهر الإطلاق، ويكون جمعاً بين الكلامين، فانه جمع غير واضح.

وفي التذكرة صرح بأن الأقوى وجوب تعيين قدر الدين، وجنسه، وصفته، في الحلول والتأجيل، وغيرها، مستدلاً بلزوم التغرير بالمالك بدونه، لاحتمال أن يرهن ماله على اضعاف قيمته، والى مدة تزيد على عمره، ولا غرر اعظم من ذلك[1].

وفي الدروس ذهب الى عدم وجوب التعيين إن جعلناه عارية[2].

---

(١) التذكرة ٢: ١٥.

(٢) الدروس: ٣٩٧.

فإن خالف فللمالك فسخه، وإلّا فلا.

ولو رهن على أقل صح، وعلى أكثر يحتمل البطلان مطلقاً، وفيما زاد.

والأصح ما في التذكرة؛ لأنه مع اللزوم لا فرق بين كونه عارية وضماناً.

وهل يجب تعيين من يرهن عنده؟ حكى في التذكرة عن العامة خلافاً في ذلك [1]، ولم يفت بشيء. ولا بأس بوجوب تعيينه، لما في ذلك من التفاوت المفضي الى حصول الضرر.

قوله: (فان خالف فللمالك فسخه، وإلّا فلا).

لكونه حينئذ تصرفاً فضوليا.

قوله: (ولو رهن على أقل صح).

لثبوت الإذن في الأقل بطريق أولى.

قوله: (وعلى أكثر يحتمل البطلان مطلقاً، وفيما زاد) [2].

ووجه الأول: أنه تصرف غير مأذون فيه، ووجه الثاني: أنه الذي لم يؤذن فيه، فاشبه مالوجمع ما بين رهن المأذون وغيره. وكل من الوجهين محتمل.

ولا يخفى أن المراد بالبطلان: عدم اللزوم، بدليل ما سبق، فيما لو خالف المأذون فيه. ويجب أن يستثنى من هذه المسألة مالو رهنه بالزائد، وبكل جزء منه فانه رهن بالمقدار المأذون فيه على وفق الإذن، والزائد موقوف. ويكون موضع الوجهين ما اذا رهنه بمجموع الزائد فقط.

ويشكل على الصحة: انا اذا حكمنا بتقسيط الاجزاء على الاجزاء، يكون

---

(١) فتح العزيز (مع المجموع) ١٠: ٢٢-٢٣، الوجيز ١: ١٦١.

(٢) «المتجه أنه إن رهن على الأكثر وعلى كل جزء منه فيصح في المأذون فيه و يبطل في الزائد وجهاً واحداً، وإن رهن على الأكثر مقتصراً على ذلك فالمتجه البطلان مطلقاً؛ لاستلزامه رهن البعض بالقدر المأذون فيه فلا يكون مأذوناً فيه إذ المأذون فيه رهن المجموع بالقدر المعيّن لا بعضه. ولا يخفى أن المراد بالبطلان في العبارة الوقوف على الاجازة بدليل ما سبق في قوله: (فإن خالف فللمالك فسخه)». هكذا ورد في نسخة «م»، والظاهر أنها هامش أدخل في المتن لاتحاد المعنىٰ مع ما بعدها.

ولو لم يعيّن تخيّر الراهن في رهنه بما شاء، عند من شاء، الى أي وقت شاء. وللمالك مطالبته بالفك عند الحلول، وقبله على اشكال.

بعضه رهنا بالمأذون فيه، فيكون خلاف الاذن؛ لأن الاذن اقتضى رهن مجموعه بالمأذون فيه من الدين المعين.

ولا يقال: يصح بطريق أولى؛ لأنه اذا رضي برهن جميعه بالكل، فلئن يرض برهن بعضه بالكل أولى. وليس بجيد؛ لأن الأولوية غير معلومة، ولأن فيه تشقيصاً يثبت به العيب بالشركة.

قوله: (ولو لم يعين، تخير الراهن في رهنه بما شاء، عند من شاء، الى أي وقت شاء).

إن سوّغ له الرهن كيف شاء، فلا بحث في استناد ذلك الى اختياره. وإن أطلق الرهن، ولم يفوض اليه، فعلى وجوب التعيين، المتجه توقف صحته على التنصيص على شيء بخصوصه، أو تفويض ذلك الى اختياره.

قوله: (وللمالك مطالبته بالفك عند الحلول).

لأن العارية وإن لزمت بالنسبة الى الرهن، لكن لزومها غير مانع من المطالبة بالفك بعد الحلول؛ إذ لا دليل على انتفاء ذلك، والاستصحاب يقتضي بقاءه.

قوله: (وقبله إشكال).

أي: وقبل الحلول، ومنشأ الإشكال: البناء على أنه عارية، فيثبت الرجوع فيه متى شاء، أو ضمان دين في عين خاصة من غير تعلق بالذمة.

والتحقيق: أنه عارية لازمة، لأن الاذن في عقد لازم يوجب على الآذن الوفاء به. ولا استبعاد في إفراد هذا القسم من العارية باللزوم عن معظم اقسامها، كما في الاعارة للدفن، لتحريم النبش بعده. فعلى اللزوم ليس له المطالبة قبل الأجل، لمنافاته مقتضى الرهن المأذون فيه، وعلى العدم يثبت، والأول أصح.

وللمرتهن البيع لو لم يقبضه الغريم، فيرجع المالك على الراهن بالأكثر من القيمة وما بيعت به، وللمالك الرجوع في الاذن قبل العقد، وبعده قبل القبض إن جعلنا القبض شرطاً.

قوله: (وللمرتهن البيع لو لم يقبضه الغريم).

لأن ذلك مقتضى الرهن المأذون فيه.

قوله: (فيرجع المالك على الراهن بالأكثر من القيمة وما بيعت به).

لأنه مضمون عليه، فإن كان الأكثر قيمته استحقها المالك، لأن بيعه بانقص من القيمة كان لأجل مصلحة الراهن في وفاء دينه. وإن كان ما بيعت به اكثر استحقه، لانه ثمن ملكه، لأن العين باقية على ملكه الى زمان البيع، وهنا اشكالان:

أ: ان القيمة هي ما تقتضي الرغبات بذلها في مقابل العين، باعتبار الزمان والمكان، فلا تتصور زيادة الثمن على القيمة، ولا نقصانه عنها في الفرض المذكور، لوجوب استقصاء ذوي الرغبات في وقت البيع، لأنه مال الغير.

ب: ان البيع إن كان برضى المالك لم يستحق إلا الثمن، وإلا كان باطلاً.

والجواب عن الأول: أن القيمة هي ما يليق بالمال في الزمان والمكان عند ذوي الرغبات، وإن كان قد يعرض لهم في ذلك الوقت ما قد يمنع من ارادة الشراء الموجب لقلة الطلب، فيخل ذلك ببلوغ القيمة اللائقة.

وعن الثاني: أن خصوص ذلك البيع ليس برضى المالك؛ لأنه قد صار حقاً لازماً باذنه الأول حتى لو صرح بعدم الرضى لم يعتد به، فيجب حينئذ أن يضمن له كمال حقه حذراً من الضرر.

ولا يخفى أن ضمان القيمة، حيث يكون الثمن أقل منها، إنما هو في القيمي، فلو كان أقل منها في المثلي فالضمان بالمثل.

ولو تلف في يد المرتهن فالأقرب سقوط الضمان عنه،

قوله: (ولو تلف في يد المرتهن فالأقرب سقوط الضمان).

لأنه أمين، قال الشارح عميد الدين: إن مراده: لو تلف الرهن المستعار في يد المرتهن فاقرب الوجهين: أنه لا ضمان على المرتهن؛ لأنه امين لا يضمن إلا بالتفريط. واضعفها الضمان؛ لأن العارية للرهن مضمونة، ويد المرتهن مرتبة على يد الراهن المستعير، وهي يد ضمان، فتكون المرتبة كذلك.

والشارح ولد المصنف قال: إن المسألة موضع اشتباه، وحكى عن المصنف رحمه‌الله في الدرس في تحقيقها: أنها متفرعة على قوله: (وللمالك مطالبته بالفك عند الحلول وقبله اشكال)[1].

أما بعد الحلول، فان الراهن اذا كان موسراً بالدين، فللمالك الزامه بالإفتكاك. فاذا جعلناه عارية، أو غلبنا عليه العارية، ففي صحة الرجوع فيها قبل الافتكاك وجهان: التفاتا الى أن العارية مبنية على الجواز، وان ابتناء عقد لازم عليها اقتضى اللزوم بالعارض.

فإن قلنا بصحة الرجوع، فهل له مطالبة المرتهن -على معنى أن يلزم المرتهن المديون بالدين، أو يرهن آخر، فيضمن بعد المطالبة له من المالك، واهمال مطالبته الراهن، وإمساك الرهن الى أن تلف- أو لا؟ وجهان: أقربها الثاني عند المصنف، لأنه اذن في عقد لازم فيلزم.

ولك أن تقول: إن كان هذا الحكم مبنياً على أن له الرجوع، وتجب على المرتهن المطالبة بالمال أو البدل، فان الأقرب الضمان؛ لأن يده عادية حينئذ.

وإن كان مبنياً على أنه ليس له ذلك فلا وجه؛ لاحتمال الضمان على هذا التقدير الخاص أصلاً، فلا معنى لتخصيصه بترتب الحكم المذكور عليه.

وأما قبل الحلول، فعلى تقدير أن يدفع الراهن، هل يجب على المرتهن القبول، أم لا؟ وجهان: اصحها العدم، فعلى الوجوب اذا لم يأخذ المرتهن وتلف في يده يضمن، وعلى العدم لاضمان.

---

(١) ايضاح الفوائد ٢: ١٦.

. . . .

وفي هذا نظر، لعدم مطابقة ذلك للعبارة، فان الذي فيها: أن الأقرب عدم الضمان مع احتماله، فلابد من فرض المسألة في موضع يحتمل الضمان احتمالاً مرجوحاً.

إلا أن يقال في الموضعين: بناء الأقرب على ثبوت الرجوع، ووجوب المطالبة في الأولى، ووجوب قبول المبدل في الثانية، ومقابله على عدمه. وهنا كلامان:

أ: انه اطلق وجوب القبول على المرتهن، فان أراد تعميم الحكم في وجوب قبول عوض الرهن والدين فليس بجيد، لأن الدين قبل الأجل لا يجب قبوله بدون الرهن، فكيف يتصور وجوبه مع الرهن.

وإن أراد وجوب قبول عوض الرهن فينبغي -تفريعاً على كونها عارية جائزة- وجوب القبول، بل جواز الرجوع يثبت مجاناً، وعلى اللزوم لا يجب بحال.

ب: تخصيص الحكم بما اذا دفع الراهن لا وجه له؛ لأنه إن حكم بكون العارية هنا جائزة فالجواز على كل حال، أو لازمة فاللزوم على كل حال، فلا وجه لما ذكره.

ثم حكى عن المصنف توجيها آخر للمسألة، وهو: أنه على القول بكونها عارية جائزة لا يبطل الرهن بالرجوع، ولا يجوز للمرتهن امساك العين، بل يجعلها بقول الحاكم، أو باتفاقها عند عدل ينصبه الحاكم لقبضها، فان لم يفعل المرتهن كان ضامناً[1].

ولا يخفى أن توجيه العبارة على هذا التقدير يحتاج الى تكلف بناء المسألة على أن العارية للرهن جائزة أو لازمة.

وأعلم أن في العبارة من أولها اشكالاً، فان قوله أولاً: (فان خالف فللمالك فسخه، وإلا فلا) يقتضي أن تكون العارية للرهن لازمة من غير توقف. وقوله بعد: (وقبله اشكال) يقتضي التردد في كونها لازمة، إلا أن يعتذر بأنه كما

---

(١) حكاه ولد المصنف في ايضاح الفوائد ٢: ١٧.

ويضمنه المستعير وإن لم يفرط بقيمته. وكذا إن تعذر إعادته، ولو لم يرهن ففي الضمان اشكال.

لو قال: أذنت لي في رهنه بعشرة، فقال: بل بخمسة قدّم قول المالك مع اليمين.

ح: لا يصح رهن المجهول.

يحتمل ذلك، يحتمل فرض المسألة فيما اذا بذل المرتهن قبول الدين أو البدل، فلا يلزم تفريع الاشكال على التردد في لزوم العارية وجوازها.

إلا أن هذا خلاف ظاهر العبارة، وارتكابه لا يخلو من تعسف، ومع ذلك فبناء كون الأقرب عدم ضمان المرتهن، على أن الأقرب لزوم هذه العارية، والضمان على عدم اللزوم فيه من التعسف ما لا يخفى؛ لأن ظاهر السياق يقتضي بناء الحكم في الأقرب، ومقابله على اللزوم الذي أتى به على وجه الجزم. وفيه مع الاخلال بالفهم، الاحتياج في بناء مقابل الأقرب على ما لا تشعر به العبارة أصلاً، فما ذكره الشارح عميد الدين أولى مما نقل عن المصنف.

قوله: (ويضمنه المستعير وإن لم يفرط بقيمته).

لأنها عارية أفضت الى الإتلاف بسبب لزومها، فيجمع بين مقتضى العارية من وجوب الرد، وافضائها الى التلف بوجوب ضمان العوض. ولا يخفى أن الضمان بالقيمة إنما هو في القيمي، لا في المثلي.

قوله: (ولو لم يرهن ففي الضمان اشكال).

أي: لو تلف المستعار للرهن، في يد الراهن، قبل الرهن. ومنشؤه: من أن المقتضي للضمان رهنه في الدين؛ لأن العارية بمطلقها أمانة، ولم يحصل. ومن أن القبض لذلك، فهو قبض ضمان، فيكون المقتضي للضمان هو القبض لذلك، لا الرهن في الدين، كالمقبوض بالسوم، وهو الأصح.

قوله: (لا يصح رهن المجهول).

المراد به: المجهول جهالة تمنع من توجه القصد اليه، كشاة من قطيع

ط: لو غصب عيناً ثم باعها، أو رهنها، أو وهبها، أو آجرها ثم ظهر مصادفة التصرف الملك بميراث، أو شراء وكيل، وشبهه صح التصرف.

مثلاً. أما المجهول لا كذلك، كهذه الصبرة اذا لم يعلم قدرها، فلا بأس؛ لأن عقد الرهن ليس من العقود المبنية على المغابنة والمكايسة، لأن ذلك في عقود المعاوضات التي يطلب فيها كل من المتعاوضين غبن صاحبه، فان الرهن مبني على قبول الغبن، إذ الراهن مغبون للمرتهن.

قال المصنف في التذكرة في باب بيع الغائب: الأقرب جواز هبة الغائب غير المرئي ولا الموصوف، ورهنه، لأنها ليسا من عقود المغابنات، بل الراهن والواهب مغبونان، والمتهب والمرتهن مرتفقان، ولا خيار لهما عند الرؤية لانتفاء الحاجة اليه[1].

قلت: باعتبار هذين العقدين لا خيار، نعم لو شُرط كل من الهبة والرهن لموصوف في عقد البيع مثلا، فظهر بخلاف الوصف يثبت الخيار بالعارض لتبعية المعاوضة.

قوله: (لو غصب عيناً ثم باعها، أو رهنها، أو وهبها، أو آجرها، ثم ظهر مصادفة التصرف الملك بميراث، أو شراء وكيل، وشبهه، صح التصرف).

قد سبق أنه لو باع مال ابيه بظن حياته فبان ميتا، وأن المبيع ملكه بالإرث ان الاقوى عند المصنف الصحة، فجرى في قوله هنا: (صح التصرف) على ما سبق في البيع، ولما اخترنا في البيع توقفه على الاجازة، فلابد من القول بتوقفه عليها هنا، وكذا نقول في سائر العقود.

أما الرهن بالنسبة الى مختار المصنف فقد سبق في كلامه: أنه لو شرط عليه رهناً في بيع فاسد، فظن اللزوم فرهن له فله الرجوع. وهذا يقتضي كون هذا

---

(١) التذكرة ١: ٤٨٨.

ي: لو رهن ما له الرجوع فيه قبله لم يصح على اشكال، كموهوب له الرجوع فيه، وكالبائع مع افلاس المشتري، أما لو رهن الزوج قبل الدخول نصف الصداق فإنه باطل.

يا: لو رهن الوارث التركة وهناك دين فالأقرب الصحة وإن استوعب، ثم إن قضى الحق والا قدّم حق الديان.

العقد جائزاً من طرف الراهن أيضاً، نظراً الى أنه إنما أوقعه ظاناً لزوم البيع.

ولا يخفى أن هذا غير ضائر، وبتقدير تأثيره فينبغي أن يكون تأثير ما اذا وقع العقد على أنه مال غيره، وأنه فضولي بطريق أولى.

قوله: (لو رهن ما له الرجوع فيه قبله لم يصح على اشكال، كموهوب له الرجوع فيه، وكالبائع مع افلاس المشتري).

ينشأ: من أن صحة الرهن موقوفة على الرجوع ليكون مملوكاً، ولم يحصل قبله، فلا يكون صحيحاً. ومن أن عبارة العاقد الأصل فيها الصحة، فيجب تنزيلها على ما يتحقق معه، وهو الرجوع الى الملك.

ولا استبعاد في أن يكون القصد الى الرهن المتصل بالعقد مقتضياً للرجوع والعود الى الملك، فيكون الرهن صحيحاً لوقوعه في مملوك، وقد سبق مثله في الخيار، وهو الأصح.

قوله: (لو رهن الوارث التركة، وهناك دين فالأقرب الصحة وإن استوعبت).

وجه القرب: أنه مالك، كما سيأتي انشاءالله تعالى في الوصية وغيرها، والتخيير اليه في جهات الأداء، فيكون رهناً من أهله في محله. ويحتمل العدم لتعلق حق الديان بالتركة، أو لأن الوارث إنما يملك مع عدم الدين، وكلاهما ضعيف.

قوله: (ثم إن قضى الحق وإلّا قدّم حق الديان).

أي: إن قضى حق الديان فلا بحث، وإن لم يقضه فالديان أحق بالتركة،

الفصل الثالث: في العاقد: ويشترط كمالية الموجب، والقابل، وتملك الموجب أو حكمه كالمستعير، وولي الطفل مع المصلحة كالاقتراض في نفقته، أو إصلاح عقاره.

ولو استدانا ورهنا، ثم قضى أحدهما صارت حصته طلقاً إن لم يشترط المرتهن رهنه على كل جزء من الدين،

فيقدّم حقه على حق المرتهن؛ لتعلق حقه بها سابقاً.

قوله: (وتملك الموجب).

لو قال: وملك الموجب لكان أولى وأخصر، مع أن فيه إيهام الاكتفاء بتجدد تملكه.

قوله: (وولي الطفل مع المصلحة كالاقتراض في نفقته، أو اصلاح عقاره).

هو بفتح العين، ومثله نفقة مملوكه ودابته، وذلك حيث يتوقف الاقتراض على الارتهان.

قوله: (ولو استدانا ورهنا، ثم قضى أحدهما صارت حصته طلقا إن لم يشترط المرتهن رهنه على كل جزء من الدين).

أي: لو استدان شخصان كل منها دينا، ورهنا على الدينين رهناً لهما، بعقد واحد صادر منها مباشرة أو بالوكالة، ثم قضى أحدهما ما عليه صارت حصته من الرهن طلقا، لافتكاكها بأداء ما عليها من الدين.

وهذا اذا لم يجعلا في حال الرهن مجموع كل من الاستحقاقين رهنا لمجموع الدين [وبكل جزء منه. أما اذا جعلاه كذلك فظاهر، لأن رهن الغير ملكه على مال آخر جائز. وأما اذا لم يجعلا، فلأن مقابلة مجموع][1] الرهن المملوك لهما بمجموع دينها يقتضي مقابلة الأبعاض بالأبعاض. ولما كان رهن ملك الإنسان

---

(١) لم ترد في نسخة «م».

ولو تعدد المرتهن واتحد العقد من الواحد فكل منها مرتهن للنصف خاصة.
وفي التقسيط مع اختلاف الدين اشكال،

على دين غيره خلاف الأصل، احتيج الى دليل يدل عليه من قبل المالك ، ولما انتفى الدليل هنا من المالك ، وجب أن يصرف رهن ملك كل منها الى ما عليه من الدين، حذراً من ارتكاب خلاف الأصل من غير دليل. وحينئذ فيفتك نصيب كل منها بأداء ما عليه، اذ يمتنع بقاء الرهانة بعد اداء الحق.

قوله : (ولو تعدد المرتهن، واتحد العقد من الواحد، فكل منها مرتهن للنصف خاصة) .

هذه مقابلة للمسألة، لاتحاد الراهن وتعدد المرتهن. وإنما كان كل منها مرتهناً للنصف، لانفراده بشطر الدين، وينزل على الإشاعة ما لم يعين. ولا يخفى أن هذا اذا استوى قدر الدينين بدليل ما سيأتي من بيان حكم ما اذا تفاوتا.

قوله : (وفي التقسيط مع اختلاف الدين اشكال) .

أي: مع اختلافه في القدر، سواء اختلف مع ذلك الجنس أم لا. ومنشأ الإشكال: من أنه مشترك بينها في الرهن، والأصل في التشريك التنصيف، ولأن دين كل منها سبب في الرهن مستقل، والأسباب اذا اجتمعت تساوت في التقسيط لاعتبار سببية كل منها، ومن أن التنصيف حيث لا يدل دليل على خلافه ـ والدليل على التقسيط قائم هنا، لأن مقتضى الرهن قضاء الدين كله من ثمن المرهون اذا وفى به ـ ففي محل النزاع إن قضى الزائد من أحد الدينين على الآخر من ثمن الرهن، اقتضى تعلق ذلك الزائد بالرهن، فيكون متعلق مجموع الدين الزائد من الرهن اكثر من متعلق الاخر. وإن لم يقض امتنع كونه رهناً بالمجموع، وقد فرض كونه رهناً بالمجموع هنا.

واذا ثبت هذا، كان التقسيط مستفاداً من خارج، وهو جعل الرهن رهناً بالمجموع، لا من أصل التشريك، فعلى هذا إن وفى فلا بحث، وإلا قسّط عليها بحسبها.

فإن وفى أحدهما صار النصف طلقاً، فإن طلب قسمة المفكوك ولا ضرر على الآخر أُجيب، وإلا فلا، بل يقر في يد المرتهن نصفه رهناً ونصفه أمانة. والمرتهن والراهن ليس لأحدهما التصرف إلا بإذن الآخر، فإن بادر أحدهما بالتصرف لم يقع باطلاً بل موقوفاً، إلّا عتق المرتهن فإنه يبطل وإن أجازه الراهن، ولو سبق اذنه صح، فلو افتك الرهن ففي لزوم العقود نظر،

قوله: (فان وفى أحدهما صار النصف طلقاً).

يجب أن يقيد بما اذا تساويا، أو لم يقل بالتقسيط مع التفاوت.

قوله: (فان طلب قسمة المفكوك ...).

أي: فإن طلب الراهن قسمة المفكوك من الرهن الى آخره، حيث كان مشاعاً.

قوله: (فلو بادر أحدهما بالتصرف لم يقع باطلاً، بل يقع موقوفاً، إلا عتق المرتهن فانه يبطل، وإن أجازه الراهن).

تردد في الشرائع في صحة عتق المرتهن اذا أجازه الراهن، ثم حكم بعدم الصحة[1]، وهو المعتمد؛ لأنه لا عتق إلا في ملك.

قوله: (ولو سبق اذنه صح).

أي: لو سبق اذن الراهن للمرتهن في العتق صح. ويحتمل أن يكون المراد: لو سبق اذن أحدهما للاخر في التصرف صح تصرفه، وفيه تكلف.

قوله: (فلو افتك الرهن ففي لزوم العقود نظر).

أي: لو افتك الراهن الرهن، أو افتكه مفتك ـ بأن يقرأ للمجهول ـ ففي لزوم العقود الصادرة من الراهن نظر، ينشأ: من أنها وقعت جائزة، فيبقى جوازها مستصحباً، ومن أنها لازمة في أصلها ـ لأنه الفرض ـ وجوازها إنما كان بسبب حق

---

(١) شرائع الاسلام ٢: ٨٢.

والأقرب اللزوم من جهة الراهن قبل الفك .

المرتهن وقد زال، فيزول الجواز، ولأنها لازمة من طرف الراهن، لما سيأتي عن قريب ان شاء الله . والجواز إنما هو لعلاقة حق المرتهن، فاذا زال لم يبق للجواز مقتض.

فان قيل: حق التصرف مشترك بين الراهن والمرتهن، فتصرف الراهن وحده لا ينفذ، بالإضافة الى المرتهن، لوجود حقه المنافي لذلك ، فيتوقف على اجازته، فاذا زال حقه، وانحصر الحق كله في الراهن، كان كما لو باع مال غيره فضولياً ثم اشتراه أو ورثه، فكما يتوقف على الإجازة ثم، او يحتمل البطلان، فكذا هنا.

قلنا: الفرق واقع، لأن مال الغير غير مملوك للمتصرف، فالمقتضي للصحة منتف، اذ مجرد الصيغة لا يعد مقتضياً، بخلاف ما نحن فيه، لأن الملك منحصر في الراهن، والمقتضي وهو العقد الصادر من أهله في مملوك موجود.

غاية ما في الباب أن حق المرتهن مانع، فاذا انتفى عَمِلَ المقتضي عمله. وأيضاً فإنه لا سبيل الى اعتبار اجازة المرتهن بعد انقطاع علاقته، ولا الى بطلان تصرف الراهن المالك ، اذ تصرفه قبل الانفكاك غير محكوم ببطلانه، فكيف يحكم ببطلانه بعده؟ وبهذا يظهر أن الحكم باللزوم هو الأقوى.

قوله : (والأقرب اللزوم من جهة الراهن قبل الفك) .

وجه القرب: صدور العقد اللازم منه في حال كونه مالكاً، فحقه أن يكون لازماً، ولا مقتضي للجواز إلا حق المرتهن، وهو منحصر في جانبه، فيختص الجواز به.

والتحقيق أن يقال: إن الإجازة في العقد الفضولي إن جعلناها كاشفة، فالجواز من طرف مَنْ وقع العقد فضولياً بالنسبة اليه خاصة، دون العاقد الآخر مع الفضولي ، فاللزوم هنا من طرف الراهن أظهر.

وإن جعلناها ناقلة وجزء للسبب، اتجه في الفضولي الجواز أيضاً من طرف العاقد الآخر؛ نظراً الى أن المأتي به إنما هو جزء السبب فقط، فهو بمنزلة

ولو أجاز الرهانة الثانية ففي كونه فسخاً لرهنه مطلقاً، أو فيما قابل الدين الثاني، أو العدم مطلقاً نظر.

الإيجاب وحده وأما هنا ففيه تردد. واللزوم أيضاً على هذا التقدير متجه هنا؛ لما عرفت من أن المأتي به هنا سبب تام، غاية ما في الباب أن المانع موجود وهو لا يخل بوجود السبب التام من الراهن الذي هو المالك. وما قربه أقرب، فإنا قد اسلفنا في الفضولي أن الإجازة كاشفة.

قوله: (ولو أجاز الرهانة الثانية، ففي كونه فسخاً لرهنه مطلقاً، أو فيما قابل الدين الثاني، أو العدم مطلقاً نظر).

هنا احتمالات ثلاثة، منشأ النظر من تعارض دلائلها:

أحدها: كون الإجازة موجبة لفسخ رهنه مطلقاً، أي: في مجموع الرهن، سواء ما قابل دينه وما زاد عليه.

ووجهه: أن مقتضى الرهن الاختصاص بمجموعه بالنسبة الى الدين المرهون به، ليقضى ذلك الدين من ثمنه، واختصاص كل من الدينين بمجموع الرهن متنافيان؛ لأن اختصاص أحدهما بالمجموع على هذا الحكم ينافي اختصاص الآخر وقد ثبت الرهن الثاني بالسبب الطارئ، وإجازة المرتهن الأول، فيبطل الأول، وفي المنافاة المذكورة نظر.

الثاني: كونها موجبة لفسخ رهنه فيما قابل الدين الثاني، لأن المنافاة باعتبار مقصود الرهن مختصة به، بخلاف ما زاد.

ويضعف: بان الرهن متعلق بالمجموع، فان اقتضى الاختصاص اقتضاه في المجموع، وإلا لم يقتض في شيء منه، ولأن الثمن على تقدير اعتبار المقابلة والزيادة بالنسبة اليه لا ينضبط، فقد يكون في وقت الرهانة كثيراً يبقى منه بقية بعد، واما هنا ففيه تردد. واللزوم أيضاً على هذا التقدير متجه هنا، لما عرفت من أن المأتي به هنا سبب تام، غاية ما في الباب أن المانع موجود، وهو لا يخل بوجود الدين الثاني، ثم يتجدد النقصان وبالعكس. ويستحيل تجدد ثبوت الحق، بعد كون العقد حال وقوعه غير مقتض له.

ويترتب حكم إسقاط الثاني حقه ،

الثالث: عدم الفسخ مطلقاً -أي: في شيء من الرهن- لعدم التنافي؛ لأنه لا يمتنع كون الشيء رهناً بمجموع لا يفي ثمنه بأدائه؛ لأن الأداء ثمرة الرهن بعد تحققه، لا نفسه.

وإنما يثبت الأداء بحسب حال الثمن، باعتبار كثرته وقلته. وتقديم دين شخص في الأداء على دين آخر لا ينافي تعلق كل من الدينين بالرهن، لما قلناه من أن ذلك ثمرة الرهن ومقصوده.

ولا محذور في أن يكون المقصود في بعض أولى وأسبق من البعض الآخر، وإن استويا فيما له المقصود والثمرة، لأنه لو تضمن عقد واحد رهناً بدينين وتقديم أحدهما في الأداء على الآخر، ثم تأدية الآخر بعد أداء الأول لم يكن ذلك باطلاً، ففي العقدين المستقلين أولى؛ لوقوع الثاني بعد القطع بصحة الأول، فلابد في طروء البطلان عليه من دليل اقوى من دليل الصحة، لا صحة أحدهما أو فساده، وفي العقد الواحد صحة كل من العقد والشرط وفساده لازم للاخر، فاما أن يصحا أو يفسدا.

والذي يقتضيه النظر الصحة وعدم الانفساخ مطلقاً؛ لوجود الدلائل الدالة على وجوب الوفاء بالعقد، الشامل بعمومه لموضع النزاع، وعدم ثبوت مناف يقتضي البطلان.

قوله : (ويترتب حكم اسقاط الثاني حقه) .

أي: ويترتب على الاحتمالات الثلاثة، حكم اسقاط المرتهن الثاني حقه من الرهن، فعلى الأول لا حق للمرتهن الأول؛ لبطلان حقه بوجود منافيه، وإن طرأ عليه البطلان.

وعلى الثاني، لا حق له فيما قابل الدين الثاني.

وعلى الثالث حقه بحاله؛ لأن حق الرهانة بالنسبة اليه ثابت.

وتقدم الثاني في الاستيفاء قد انتفى باسقاط حقه، فيبقى حكم الرهن بالنسبة الى الأول متوفراً.

ولو لم يعلم الأول حتى مات الراهن، ففي تخصيص الثاني بالفاضل عن دين الأول من دون الغرماء اشكال.

قوله: (ولو لم يعلم الأول حتى مات الراهن، ففي تخصيص الثاني بالفاضل عن دين الأول من دون الغرماء اشكال).

ينشأ: من أن الرهن الثاني لازم من طرف الراهن، كما سبق بيانه آنفاً. وتوقفه على إجازة المرتهن الثاني، لتعلق حقه به من جهة استيفاء دينه من قيمته، فاذا استوفى حقه من ثمنها بعد بيعها ـ كما يرشد اليه قوله: (ففي تخصيص الثاني بالفاضل عن دين الأول) ـ لم يبق له تعلق به، فيكون الزائد بمقتضى اللزوم مختصاً بالثاني. ومن أن الرهن الثاني موقوف على الاجازة، ولم يحصل، فيبقى كما كان.

والتحقيق: أن نفوذ الرهن الثاني إنما يكون بأحد أمرين: إجازة الأول، أو افتكاك العين، بنحو أداء دينه لاختصاصه بجميع العين. فاذا لم تحصل الاجازة والافتكاك، حتى بيعت العين في دين المرتهن الأول، امتنع نفوذ الرهن الثاني؛ لفوات محله بالبيع.

وليست القيمة متعلق الرهن، لأن متعلقه هو العين، وإن استحق بسببه الاستيفاء من القيمة، فلا وجه لنفوذ الرهن الثاني في الفاضل عن دين الأول في الفرض المذكور بحال.

نعم لو أجاز المرتهن الأول الرهانة الثانية، بعد الموت مع بقاء العين، لم يمتنع القول بنفوذها؛ لتحقق المقتضي وزوال المانع حينئذ فيعمل عمله.

وما قيل: من أن حق باقي الغرماء يتعلق بالتركة، فلا أثر لإجازته إن قلنا بعدم اختصاص الثاني بالفاضل، ولا لفسخه إن قلنا بعدم الاختصاص، لا يكاد يتحصل له معنى؛ لأن تعلق حق الغرماء وعدمه فرع الاختصاص بالفاضل وعدمه، والاختصاص وعدمه فرع نفوذ الرهانة الثانية وعدم نفوذها.

ونفوذها بالنسبة الى العين، إنما يكون بأحد أمرين: إما إجازته، أو الافتكاك، كما سبق، فتكون إجازته بالنسبة الى العين معتبرة بعد موت الراهن،

ولا حكم لإجازة الأول، ولا فسخه بعد موت الراهن.

ولو عتق الراهن بإذن المرتهن، وبالعكس سقط الغرم.

ولو اذن في الهبة فوهب، فرجع قبل الاقباض صح الرجوع على اشكال، ينشأ: من سقوط حقه بالاذن، وعدمه.

كما كانت قبله، اذ لا دليل على زوال اعتبارها، فتكون إجازته كاشفة عن عدم تعلق حق باقي الغرماء، ورده كاشفاً عن التعلق.

وبالنسبة الى القيمة لا يعقل النفوذ أصلاً، كما حققناه من أن الرهانة متعلقة بالعين، وإنما يقتضى التعلق الى القيمة بتوسط التعلق بالعين، فاذا انتفى التعلق بالعين امتنع التعلق بالقيمة ليختص الثاني بالفاضل عن دين الأول.

وقول المصنف: (ولا حكم لإجازة الأول، ولا فسخه بعد موت الراهن، فلا تكون اجازته مقتضية للنفوذ، ولا فسخه مقتضياً لعدمه) إنما يصح على تقدير احتمال نفوذ رهن الثاني في قيمة الرهن، بعد بيعه لأداء دين الأول وعدمه، فان النفوذ على هذا التقدير، وعدمه بعد انقطاع علاقة المرتهن الأول، فلا حق له حينئذ أصلا، إلا أن هذا الاحتمال لا يتوجه أصلا؛ لما حققناه، فلا يستقيم ما ذكره. والصحيح عدم اختصاص الثاني بالفاضل من دين الأول.

قوله: (لو اعتق الراهن باذن المرتهن، وبالعكس سقط الغرم).

أما في الثاني فظاهر، وأما في الأول فلأن الإذن في التصرف المنافي لبقاء حق الرهانة لا يقتضي وجوب بذل القيمة ليكون رهناً.

قوله: (ولو أذن في الهبة فوهب، فرجع قبل الإقباض صح الرجوع على اشكال، ينشأ: من سقوط حقه بالإذن، وعدمه).

أي: ينشأ من التردد في سقوط حق المرتهن بالإذن، وعدمه. ووجه التردد: أن الإذن في المسقط يدل على الرضى بالسقوط، فيمكن عده مسقطاً. وفيه نظر، لأن المنافي للرهن هو المقتضي للسقوط، لا الرضى به، فالأصح صحة الرجوع.

ولو أحبلها الراهن لم يبطل الرهن، وإن كان بإذن المرتهن، وإن صارت أم ولده، وفي بيعها اشكال.

قوله: (ولو أحبلها الراهن لم يبطل الرهن، وإن كان باذن المرتهن، وإن صارت أم ولده).

لأن الرهن بعد تمامه ولزومه إنما يبطل بمنافيه، والإحبال وإن وقع بالإذن غير مناف وإن صارت أم ولد، اذ لا يمتنع بيعها اذا تعلق بها حق المرتهن سابقاً على الاستيلاد، اما مطلقاً أو مع الاعسار.

ومع اليسار يجب بذل القيمة ليكون رهناً، وذلك أثر بقاء الرهانة لا محالة، فلا منافاة حينئذ، نعم لو افتكها امتنع البيع، والرهانة بعد ذلك.

قوله: (وفي بيعها إشكال).

ينشأ: من تعلق حق المرتهن سابقاً فيقدم، ومن عموم النهي عن بيع امهات الاولاد[1]. وللشيخ قولان في المسألة:

أحدهما قوله في الخلاف: يبيعها مع اعسار الراهن، ومع يساره يجب بذل القيمة، ليكون رهناً جمعا بين الحقين[2]. ويضعف بان الرهانة إن بقيت فهي متعلقة بالعين، وإلا فلا تعلق لها بالقيمة.

والثاني: قوله في المبسوط بجواز بيعها مطلقاً[3]، وهو اختيار ابن ادريس[4].

وحكى شيخنا في شرح الارشاد عن المبسوط خلاف ذلك، والظاهر أنه وهم.

وتحقيق القول: أن عمومات بيع الرهن لأداء الدين، وعمومات بيع أم الولد قد تعارضت، فلابد من المرجح لتخصيص بعض ببعض آخر، والمرجح هنا

---

(١) الكافي ٦: ١٩٣ حديث ٥، الفقيه ٣: ٨٣ حديث ٢٩٩.

(٢) الخلاف ٢: ٥٩ مسألة ١٩ كتاب الرهن.

(٣) المبسوط ٢: ٢١٧.

(٤) السرائر: ٢٥٩.

ولو ماتت في الطلق فعليه القيمة. وكذا لو وطأ أمة غيره لشبهة. ولا يضمن زوجته، ولا المزني بها الحرة المختارة؛ لأن الاستيلاد إثبات يد، والحرة لا تدخل تحت اليد.

هو سبق حق المرتهن، الذي لا دليل على بطلانه، فيكون القول ببقاء حق الرهانة، وجواز البيع مطلقاً أقوى، وإن كان تفصيل الخلاف أحوط.

قوله: (ولو ماتت في الطلق فعليه القيمة).

هذا اذا لم يكن الإحبال بالإذن، فاما معه فالصواب أن لا قيمة هنا. والمراد بوجوب القيمة: جعلها رهناً كالعين، محافظة على حق المرتهن.

قوله: (وكذا لو وطأ أمة غيره لشبهة).

أي: وكذا تجب القيمة للمالك لو وطأ شخص أمة غيره لشبهة، فماتت في الطلق؛ لأن الأمة مال، فتدخل تحت اليد، وتصير مضمونة، فاذا استند تلفها الى سبب صادر عنه، موجب للضمان عليه، وجبت عليه القيمة.

ولا يضر في ذلك كون الوطء لشبهة؛ لأنها إنما تمنع الإثم، لا إسقاط ضمان مال الغير اذا استند إتلافه اليه بكون سببه منه.

ولا فرق في هذا الحكم، بين كون الوطء لشبهة، وعدمه، فكان عليه أن يسكت عن قوله: (لشبهة)، لأنه يوهم عدم الضمان بدونها. إلا أن يقال: يدل على الضمان بدونها بطريق أولى، لأن ضمانه مع عدم التكليف يقتضي الضمان معه بطريق أولى.

قوله: (ولا يضمن زوجته).

لأن الوطء مستحق شرعاً، فكيف يعقل ترتب الضمان عليه، اذ لا عدوان من قبله.

قوله: (ولا المزني بها الحرة المختارة؛ لأن الاستيلاد إثبات يد، والحرة لا تدخل تحت اليد).

أي: الاستيلاد، وهو الوطء الذي ترتب عليه الإحبال، والطلق تصرف يد، والحرة لا تدخل تحت اليد، لأن الذي يدخل تحت اليد هو المال دون الحر،

وفي اعتبار القيمة يوم التلف، أو الإحبال أو الأعلى نظر.

ولو باع الراهن بإذن المرتهن صح، ولا تجب رهينة الثمن إلا أن يشترط.

ولهذا لا يضمن منافع الحر، إلا بالاستيفاء. بخلاف منافع العبد، فانها تضمن بمجرد وضع اليد عليه وإن لم يستوف؛ لأنه مال.

واحترز بـ(الحرة) عن الأمة، فانها تضمن مطلقاً، وبـ(المختارة) عن المكرهة.

فلو اكره حرة على الزنا، وأحبلها ضمنها لو ماتت في الطلق، كما صرح به المصنف في التذكرة[1]؛ لأنه أحدث سبب هلاكها فيها على كره منها، فيضمن ديتها التي تجب على العاقلة.

قوله: (وفي اعتبار القيمة يوم التلف، أو الإحبال، أو الأعلى نظر).

المراد بذلك: القيمة السوقية، فلو نقصت القيمة لنقصان في العين بعيب ونحوه، فهو مضمون قطعاً، أما تفاوت السوق باعتبار وقت التلف والإحبال وما بينها، ففي اعتباره حيث تجب القيمة في المواضع السالفة كلها، أو في الرهن الذي هو المقصود والباقي يحال عليه نظر، والأصح اعتبار قيمته حين التلف، لأنه حين الانتقال الى ضمان القيمة.

وقد سبق لهذا نظائر في البيع الفاسد، والعين المغصوبة، وسيأتي بعد ذلك.

واعلم أن المراد بـ(الأعلى) في قول المصنف: (او الأعلى)، الأعلى من يوم الإحبال الى حين التلف؛ لأن جميع ذلك الزمان العين فيه مضمونة، وإن كان المتبادر من قوله: (الأعلى) بعد ذكر (يوم التلف)، و(الإحبال) أن المراد الأعلى منها.

---

(١) التذكرة ٢: ٢٩.

ولو قال: أردت بالاطلاق أن يكون الثمن رهناً لم يقبل.

ولو ادعى شرط جعل الثمن رهناً حلف المنكر.

ولو انعكس الفرض لم يكن للمرتهن التصرف في الثمن قبل الأجل.

ولو باع الراهن، فطلب المرتهن الشفعة ففي كونه إجازة اشكال،

قوله: (ولو قال: أردت بالإطلاق أن يكون الثمن رهناً لم يقبل).

أي: بإطلاق الإذن، فيكون مقتضاه الاعتراف باطلاق الاذن في البيع، ودعوى إرادة كون الثمن رهناً بذلك اللفظ المطلق ولا أثر لهذا، لأن الاعتبار بما دل عليه اللفظ، ولذلك لم تتجه له المطالبة بالثمن، ولا إثباته بيمينه.

قوله: (ولو ادعى شرط جعل الثمن رهناً حلف المنكر).

قيل: اي فائدة لقوله: (حلف المنكر)، ولم يقل: حلف الراهن، فانه أظهر، ولا تتصور إرادة غير الراهن بالمنكر هنا.

قلنا: فائدته أن فيه إشعاراً بعلة تقديم قوله بيمينه، وهي كونه منكراً أخذا بعموم: «واليمين على من انكر»[١].

قوله: (ولو انعكس الفرض، لم يكن للمرتهن التصرف في الثمن قبل الأجل).

المراد بانعكاس الفرض: أن يبيع المرتهن بإذن الراهن، وإنما لم يكن له التصرف بالثمن قبل الأجل؛ لعدم استحقاقه أخذ دينه حينئذ.

قوله: (ولو باع الراهن، فطلب المرتهن الشفعة، ففي كونها اجازة اشكال).

ينشأ: من كون اللفظ لا يدل على الاجازة باحدى الدلالات، أما المطابقة والتضمن فظاهر، وأما الالتزام فلانتفاء اللزوم البيّن. ومن أن طلب الشفعة إنما يكون طلباً صحيحاً حيث يستحق ذلك، وإنما يستحقه بعد تحقق البيع المعتبر

---

(١) التهذيب ٦: ٢٢٩ حديث ٥٥٤.

فإن قلنا بـه فلا شفعة،

ولو اسقط حق الرهانة فله الشفعة إن قلنا بلزوم العقد.

شرعاً، وإنما يتحقق ذلك اذا أجازه المرتهن.

ويجب تنزيل طلب المكلف على الوجه الصحيح؛ لوجوب صيانة كلامه شرعاً عن المذرية مع الامكـان، فيكون دالاً بالاقتضاء على الإجازة، ودلالة الاقتضاء معتبرة؛ لثبوت الدال عليها، وإن لم تكن دلالة الالتزام، لأن هذه الدلالة لا تستفاد من اللفظ بمجرده، بل بمعونة شيء آخر.

ودلالة الالتزام تستفاد من اللفظ بمجرده، بشرط العلم بالوضع، وتحقيق اللزوم، وهذا الأخير أقوى. وفي قول المصنف: (ففي كونه إجازة) تسامح؛ لأن طلب الشفعة ليس نفسه إجازة كما هو معلوم، وإنما هي من مقتضياته على الاحتمال.

قوله: (فان قلنا به فلا شفعة).

أي: فان قلنا بكون طلب الشفعة إجازة للبيع فلا شفعة؛ لأن الاجازة رضى بالبيع، والرضى بالبيع يسقط الشفعة.

واعلم أن الشارح ولد المصنف بنى المسألة على أن الشفعة تثبت بمجرد العقد أم بلزومه؟ فعلى الأول: لا تكون إجازة؛ لعدم الاقتضاء، فلا تسقط الشفعة بطلبها. وعلى الثاني: تكون إجازة فيسقط به، كما بيناه[١]. وفيه نظر؛ لأنه لا يعقل ثبوت الشفعة بمجرد العقد، الذي هو الإيجاب والقبول. لأن هذا بمجرده لا يقتضي البيع، وإنما البيع: هو نفس نقل الملك، أو نفس الإيجاب والقبول المقتضيين لنقل الملك أو الانتقال على اختلاف الآراء ـ وقد سبق بيانه في أول البيع ـ فكيف يعقل إثبات الشفعة التي هي تابع من توابع البيع بمجرد العقد، ومع ذلك فلا يشترط بعد تحقق صحة البيع لزومه لثبوتها، فلا يستقيم ما ذكره.

---

(١) ايضاح الفوائد ٢: ٢٢.

ويجوز أن يشترط المرتهن الوكالة في العقد لنفسه، أو لغيره، أو وضعه على يد عدل، وليس للراهن فسخ الوكالة حينئذ، نعم لو مات بطلت دون الرهانة. ولو مات المرتهن، فإن شرط في العقد انتقال الوكالة الى الوارث لزم، وإلّا لم تنتقل،

وفي قول المصنف بعد هذا: (ولو أسقط حق الرهانة فله الشفعة إن قلنا بلزوم العقد) ما يدل على عدم صحة بنائه، لأنه بعد إسقاطه الرهانة حكم بانه يستحق الشفعة، على تقدير القول بلزوم العقد؛ لأنه حينئذ يكون بيعاً صحيحاً، وبدونه هو كالفضولي لا يثمر ملكاً.

ومقتضاه أنه لا يستحق شفعة على القول بعدم اللزوم، اذ ليس بيعا، ولا يثمر ملكا، فلو كان بناء الشارح للاشكال صحيحاً، لكان جزم المصنف باشتراط القول بلزوم العقد في ثبوت الشفعة منافياً للتردد المستفاد من الاشكال السابق، والمعتمد سقوطها بطلبها؛ لاقتضائه الإجازة كما قررناه.

قوله : (وليس للراهن فسخ الوكالة حينئذ).

أي: حين اشتراطها في العقد لنفسه ولغيره، لوجوب الوفاء بالعقد اللازم وشروطه، وهذا مما يدل على أن بعض الشروط تصير لازمة، اذا لم يكن المشروط فعل شيء يتحقق فعله بعد العقد.

قوله : (نعم لو مات بطلت دون الرهانة).

هذا استدراك ، وبمعنى الاستثناء مما تقدم، أي: الوكالة المشروطة في العقد تبطل بموت الراهن؛ لأن الوكالة استنابة في فعل يختص بحال الحياة، فان الوكيل ينعزل بموت الموكل.

قوله : (ولو مات المرتهن، فإن شرط في العقد انتقال الوكالة الى الوارث لزم، وإلّا لم تنتقل).

لأن اشتراط كون فلان وكيلاً، وانتقال الوكالة عنه في حال مخصوص لا ينافي مقتضى الرهن، ولا الوكالة، ولا شيئاً من شروطها، فيجب الوفاء به، ويكون لازما. وإن لم يشترط الانتقال المذكور في العقد بطلت الوكالة بموت

أما الرهينة فتنتقل بالميراث كالمال بين الورثة.

ولو أقرّ المرتهن بالدين انتقلت الرهينة، دون الوكالة والوصية.

المرتهن، لأن موت الوكيل يقتضي بطلان الوكالة.

قوله: (أما الرهينة فتنتقل بالميراث، كالمال بين الورثة).

لما كانت الرهينة حقاً من الحقوق المتعلقة بالمال وجب انتقالها بالإرث كما ينتقل المال، ويكون الحكم في استحقاقها كاستحقاق المال بين الورثة.

والميراث في قول المصنف: (فتنتقل بالميراث) يراد به: الإرث، وهو سبب الاستحقاق، فيكون مصدراً ميمياً.

قوله: (ولو أقرّ المرتهن بالدين انتقلت الرهينة دون الوكالة والوصية).

أي: لو أقرّ المرتهن بالدين ـ الذي وقع الرهن به ـ لآخر، وأنه كان وكيلاً في الرهانة به صح الإقرار، ويثبت كون الدين والرهانة به حقاً للمقر له؛ لأن إقرار العقلاء على انفسهم جائز، وقد انحصر الحق في ذلك بحسب الظاهر في المقر، فينفذ لا محالة.

ولو كان قد اشترط المرتهن في عقد الرهن، أو غيره من العقود اللازمة كونه وكيلاً في البيع حال حياة الراهن، ووصياً في بيعه بعد موته لم ينتقل ذلك الى المقر له؛ لأنه خلاف المشروط، ولأن ذلك استنابة عن الراهن لا حقّ يختص به المرتهن، ليعقل نفوذ اقراره فيه.

واعلم أن في عبارة المصنف عدة مناقشات:

أ: قوله: (انتقلت الرهينة) فانه لا انتقال هناك، بل الرهينة بمقتضى الإقرار حق للمقر له من أول الأمر.

ب: انه إنما تثبت الرهينة للمقر له بشرط كونه وكيلاً عنه، واعترافه بأنه أوقعها عنه، وظاهر العبارة أن مجرد ايقاع الرهانة بين الراهن والمرتهن كاف في ثبوتها.

ولو امتنع الراهن من الأداء وقت الحلول باع المرتهن إن كان وكيلاً، وإلّا فالحاكم، وله حبسه حتى يبيع بنفسه.

الفصل الرابع: الحق:

وشروطه ثلاثة: أن يكون ديناً لازماً، أو آئلاً اليه، يمكن استيفاؤه منه، فلا يصح الرهن على الأعيان وإن كانت مضمونة كالغصب، والمستعار مع الضمان، والمقبوض بالسوم على اشكال، ولا على ما ليس بثابت حالة الرهن، كما لو رهن على ما يستدينه، أو على ثمن ما يشتريه منه،

ج: ان العبارة خالية من الدلالة على ما يراد بقوله: (والوصية)، فانه وإن جرى للوكالة في بيع الرهن ذكر، لكن لم يجر للوصية ذكر أصلاً، ففي دلالة اللفظ على المعنى المراد شدة خفاء.

قوله: (والّا فالحاكم).

فإن لم يكن موجوداً باع بنفسه، ولو شهّد شاهدي عدل كان أولى، ولو تعذر اثبات الرهانة عند الحاكم باع بنفسه وإن كان مع وجود الحاكم، لئلا يضيع حقه.

قوله: (وله حبسه حتى يبيع بنفسه).

لأن ذلك حق عليه، وكذا تعزيره.

قوله: (أن يكون ديناً لازماً، أو آئلاً اليه).

المراد بكونه لازماً: أن يكون ثابتاً في الذمة، فانه سيأتي أن الثمن يصح الرهن به في مدة الخيار، وبكونه آئلاً الى اللزوم: أن يكون ثبوته في الذمة بالقوة القريبة من الفعل، كما في مسألة التشريك بين الرهن وسبب الدين.

قوله: (فلا يصح الرهن على الأعيان، وإن كانت مضمونة كالغصب، والمستعار مع الضمان، والمقبوض بالسوم على إشكال).

الاشكال في الأعيان المضمونة خاصة، ومنشؤه: من أن مقتضى الرهن استيفاء المرهون، وفي الأعيان يمتنع ذلك لامتناع استيفاء العين الموجودة من

. . . .

شيء آخر، ومن أن معنى التوثق حاصل باستحقاق أخذ عوض العين عند تلفها من المرهون، وذلك هو المقصود من الرهن، اذ المعقول منه كونه وثيقة للحق المرهون به على أن تستوفى منه عند الحاجة، وهذا كما يصدق في الرهن على الدين، يصدق على الرهن في محل النزاع.

فان قيل: فعلى هذا يجوز الرهن على غير المضمون من الأعيان، لثبوت التوثق بهذا المعنى في الرهن عليها.

قلنا: لما لم تكن مضمونة لم يكن تلفها موجباً لثبوت شيء في الذمة؛ لانتفاء الضمان، فلم يتحقق مقصود الرهن بالنسبة اليها.

فان قيل: حيث أن الرهن وثيقة تستوفى منه عند الحاجة، لزم القول بصحته هنا، لإمكان عروض الحاجة بالتلف بعد التعدي.

قلنا: لما لم يكن الضمان متحققاً، كان المعنى المصحح للرهن منتفياً، بخلاف المضمونة.

فان قيل: المصحح للرهن، كونه بحيث يستوفى منه عند الحاجة، وهو ثابت في الموضعين.

قلنا: لما كانت الأعيان مضمونة، كان المصحح للرهن موجوداً بالقوة القريبة من الفعل، بخلاف غير المضمونة، فانه لا مصحح فيها بالفعل، ولا بالقوة القريبة.

ويمكن أن يقال: ان الرهن في الأعيان المضمونة على العهدة الثابتة، وهي تعلق ضمان الأعيان بالذمة على تقدير التلف؛ لأنها حق ثابت في الحال.

ولا يقال: إن المرهون به لا يمكن استيفاؤه هنا من المرهون؛ لأن المطلوب استيفاؤه هو المقصود من تلك العهدة، وهذا المعنى منتف في الأعيان الغير المضمونة.

أو يقال: ان الرهن على هذه الأعيان، من جهة تعلق عهدة ضمانها على تقدير التلف بالذمة، وهذا منتف أيضا فيما ليست بمضمونة.

فلو دفعه الى المرتهن ثم اقترض لم يصر بذلك رهنا.

والأوجه في الاستدلال أن يقال: ان الرهن في محل النزاع عقد صدر من أهله في محله، ولا مانع إلّا تخيل كون هذه الأعيان لا تستوفى من الرهن، فانتفى مقصوده فامتنع صحته.

وهذا خيال ضعيف، فان استيفاءها إنما يكون عند الحاجة لا مطلقاً، ومحل الحاجة هنا: هو حال التلف، وفي تلك الحال هو ممكن؛ لأن المراد باستيفائها: هو أخذ عوضها الواجب شرعاً، وإلّا لامتنع الرهن على الثابت في الذمة مثله، اذ من المعلوم أن ذلك بعينه لا يستوفى بشيء من ثمن الرهن، فعلى هذا يجب الحكم بصحته، لثبوت المقتضي بعموم النصوص وانتفاء المانع. ولا يرد لزوم مثل ذلك في غير المضمونة لوجهين:

أ: ثبوت الإجماع على عدم الجواز فيها، ووقوع الخلاف هنا.

ب: أن يكون الاعتبار المصحح للرهن في المضمونة منتفياً فيها، وهو تعلق عهدتها في الذمة، وهذا القول قوي.

ومثله أخذ الرهن على الثمن للمشتري، أو المبيع للبائع على تقدير ظهور فساد البيع، وقد صرح باستوائهما في الحكم المصنف في التحرير[١]، وشيخنا الشهيد في الدروس[٢].

وإن كان المصنف في التذكرة ـ مع قوله بصحة الرهن على الأعيان المضمونة ـ منع من الرهن بعهدة البيع[٣]، وليس بواضح. وما علل به من منعه الارتفاق مردود، لورود مثله في الرهن على ثمن المبيع مؤجلاً، والظاهر أن أخذ الرهن على الصحة حذراً من نقصانها كالرهن على المبيع.

قوله: (فلو دفعه الى المرتهن، ثم اقترض لم يصر بذلك رهناً).

رد بذلك على أبي حنيفة، ومالك، وبعض الشافعية، حيث قالوا: ان من دفع الى غيره ثوباً، وقال: رهنتك هذا على عشرة دراهم تقرضنيها غداً، وسلم اليه

---

(١) تحرير الأحكام: ٢٠٥.

(٢) الدروس: ٤٠٢.

(٣) التذكرة ٢: ٢٣.

ولو شرك بين الرهن وسبب الدين في العقد، ففي الجواز اشكال ينشأ: من جواز اشتراطه في العقد فتشريكه في متنه آكد، ومن توقف الرهن على تمامية الملك، لكن يقدّم السبب فيقول: بعتك هذا العبد بألف، وارتهنت الدار بها، فيقول: اشتريت ورهنت، ولو قدّم

الثوب، ثم اقرضه الدراهم لزم الرهن(١).

ووجه البطلان: مع اجماعنا أن العقود اذا شرط تأخير مقتضاها، لم يتحقق الإنشاء الصريح للفعل، المطلوب ثبوته حالاً، المعتبر فيه لفظ الماضي، فلا تكون صحيحة.

قوله: (ولو شرك بين الرهن وسبب الدين في عقد، ففي الجواز اشكال، ينشأ: من جواز اشتراطه في العقد، فتشريكه في متنه آكد، ومن توقف الرهن على تمامية الملك).

أما الوجه الأول: فما ادعاه فيه من الآكدية غير واضح، فان اشتراط الرهن على ثمن المبيع في العقد، الذي يقتضي وجوبه وثبوته، غير انشاء عقد الرهن، والمشروط بثبوت الحق في الذمة هو الثاني، دون الأول.

ولأن اشتراط الرهن، مقتضاه اثبات استحقاق الرهن على الثمن بعد ثبوته. واما الرهن: فانه انشاء التوثق، وإنما يكون بحق ثابت، اذ لا يكاد يعقل معنى الوثيقة بحق لم يثبت بعد.

وأما الوجه الثاني ففيه نظر؛ لأن الرهن غير متوقف على تمامية الملك، بل على أصل الاستحقاق والثبوت، إلا أن يريد بتمامية الملك ذلك، من حيث أنه لا يثبت إلا بكمالية سببه، وهو خلاف المتبادر.

ولو قيل في وجه الإشكال: إن منشأه: الشك في أن حصول سبب الوجوب كاف في صحة الرهن وعدمه.

قوله: (لكن يقدم السبب فيقول: بعتك هذا العبد بألف وارتهنت الدار بها، فيقول: اشتريت ورهنت، ولو قدّم الارتهان لم

---

(١) المغني لابن قدامة ٤: ٣٩٩، المجموع ١٣: ١٨٢، بداية المجتهد ٢: ٢٧٤، الوجيز ١: ١٦١.

الارتهان لم يصح ، ولو رهن على الثمن في مدة الخيار ، أو على مال الجعالة بعد الرد ، أو على النفقة الماضية أو الحاضرة صح ، لا على المستقبلة.

يصح).

المراد: تقديم السبب ايجاباً وقبولاً، فلو تأخر فيهما أو في أحدهما لم يصح؛ لتقدم الرهن حينئذ على سبب الدين المقتضي لصحته، وهو ظاهر اختياره في التذكرة(١).

ويشكل على الصحة في المسألة تقدم قبول الرهن على ايجابه، وقد اسلفنا في أول الباب في الرهن والبيع عدم اعتباره لو تقدم واختار الشيخ الصحة هنا(٢)، وفيما لو قال: بعتك هذا وارتهنته بكذا، فقال: قبلت ورهنت، والشارح ولد المصنف فرّق بينهما، فحكم بالبطلان في الأُولى، والصحة في الثانية(٣)، والفرق غير ظاهر.

والذي يقتضيه النظر البطلان؛ لما قلناه من تقدم القبول، ولأن مساواة هذا الرهن الاعيان المضمونة غير واضحة، فان هناك حقاً في الجملة، بخلاف ماهنا.

اذا عرفت هذا، فعلى تقدير البطلان هنا لا يبقى لاشتراط أحد الأمرين: من كون الحق ثابتاً، أو آئلاً الى الثبوت وجه أصلاً. إلا أن يقال: أنه يتحقق في الأعيان المضمونة، فانها لكون الحق فيها آئلاً الى الثبوت بوجود سببه، يصح الرهن بها من هذه الجهة، فلا يبقى مانع الّا جهة كونها أعياناً.

قوله: (ولو رهن على الثمن في مدة الخيار، أو على مال الجعالة بعد الرد، أو على النفقة الماضية أو الحاضرة صح لا على المستقبلة).

أما الثمن فانه قد ثبت في الذمة، وإن كان الفسخ بالخيار جائزاً؛ لأن

---

(١) التذكرة ٢: ٢٣.

(٢) المبسوط ٢: ١٩٧-١٩٨.

(٣) ايضاح الفوائد ٢: ٢٤.

والأقرب جواز الرهن على مال الكتابة.

ولا يصح على مال الجعالة قبل الرد، ولا على الدية قبل استقرار الجناية.

ويجوز على كل قسط بعد حلوله في الخطأ على العاقلة،

ذلك ابطال لما ثبت، طارئ على الثبوت، فهو بمنزلة عقد مستأنف. نعم لو قلنا: أن المبيع لا ينتقل إلّا بانقضاء الخيار اتجه عدم جواز الرهن حينئذ؛ لانتفاء الثبوت.

وأما مال الجعالة فانه بعد الرد ثابت، بخلاف ما قبله، اذ لا شيء في الذمة من الجانبين؛ لأن ذلك عقد جائز، بخلاف الإجارة ومال السبق، فان الأصح أن عقد المسابقة لازم. وأما النفقة الماضية والحاضرة فانها واجبتان، بخلاف المستقبلة.

قوله: (والأقرب جواز الرهن على مال الكتابة).

أي: مطلقا، وخالف الشيخ في جواز الرهن على مال المشروطة[1]، ووجه القرب: أنه حينئذ مال ثابت في الذمة فساوى غيره. واحتجاج الشيخ بان للعبد تعجيز نفسه، ضعيف؛ لأن التعجيز الى المولى لا اليه، على أن التعجيز ابطال طارئ لما ثبت في الذمة بالعقد الصحيح، فلا اثر له، فالأصح الأول.

قوله: (ولا على الدية قبل استقرار الجناية).

أي: قبل انتهائها الى الحد الذي يوجب الدية، وإن علم أنها تأتي على النفس لانتفاء الثبوت حينئذ.

قوله: (ويجوز على كل قسط بعد حلوله في الخطأ على العاقلة).

وذلك لأنه حينئذ مال ثابت في الذمة، فجاز الرهن عليه، بخلاف ما قبل الحلول، لأن المحكوم عليه بالوجوب في دية الخطأ هو الكامل من العاقلة بعد الحلول، فربما كان قبل الحلول كاملاً، وخرج عن الوصف المقتضي لجواز

---

(١) المبسوط ٢: ١٩٧.

ومطلقاً في غيره. ومع فسخ المشروطة يبطل الرهن إن جوّزناه. ولو رهن على الاجارة المتعلقة بعين المؤجر كخدمته لم يصح؛ لعدم تمكن الاستيفاء، ويصح على العمل المطلق الثابت في الذمة.

ولا يشترط كون الدين خالياً عن رهن، بل تجوز الزيادة في الرهن بدين واحد، وكذا تجوز زيادة الدين على مرهون واحد.

الفصل الخامس: في القبض.

وليس شرطاً على رأي،

التقسيط بعده، كالغني يتجدد له الفقر بعد الحلول، وبالعكس، فلا يكون محل ثبوت مال الدية متعيناً، فلا يصح الرهن به.

قوله: (ومطلقاً في غيره).

أي: ويصح الرهن بعد الحلول وقبله في غير الخطأ؛ لأن الدية من مال الجاني حينئذ، والثبوت في ذمته متحقق، والأجل في شبه العمد لا ينافي الثبوت.

قوله: (ويصح على العمل المطلق الثابت في الذمة).

لإمكان استيفائه من قيمة الرهن بالاستئجار عليه منها، بخلاف المتعلقة بالعين عند الاحتياج، وهو تعذر استيفاء الحق.

قوله: (ولا يشترط كون الدين خالياً عن رهن، بل تجوز الزيادة في الرهن بدين واحد...).

لأن معنى التوثق بشيء لا ينافي التوثق له بشيء آخر، ومثله العكس.

قوله: (وليس شرطاً على رأي).

اختلف في أن القبض في الرهن معتبر في تحقق الرهانة، بحيث لا يحصل من دونه فيكون جزء السبب كالقبض في الهبة وعدمه على قولين، واطلاق الاشتراط عليه بطريق التوسع اذ لا يجب تقديمه على عقد الرهن.

وإنما اراد بكونه شرطاً عدم تمامية السبب بدونه، فالقولان يلتقيان الى

وهل له المطالبة به؟ اشكال،

قوله تعالى: (فرهان مقبوضة)[١]، من حيث أنه أمر بالرهن المقبوض، فلا يتحقق الرهن المطلوب شرعاً بدون القبض، ولأن فائدة التوثق إنما تتحقق معه، ولرواية محمد بن قيس: «لا رهن إلا مقبوضاً»[٢] والنفي للصحة.

ويضعّف بعدم الدلالة، فان الأمر اذا تعلق بالرهن والقبض لم يلزم أن يكون الرهن لا يتحقق بدونه. نعم، الأمر بالقبض معه للارشاد الى كمال التوثق، والظاهر أنه ليس المراد بالقبض مطلقه، بل كون المرهون في يد المرتهن إذ لا يحصل كمال التوثق بدونه، وهذا غير شرط باتفاقنا؛ والرواية ضعيفة[٣]. ومن حيث أنه وصف الرهن بكونها مقبوضة، فيجب أن يتحقق معنى الرهينة بدون القبض.

ويضعّف بأن الصفة قد تكون كاشفة، ونحوه قوله تعالى: (الّا أن تكون تجارة عن تراض)[٤].

والأولى الاحتجاج بأصالة العدم، وعدم الدليل، وبالعمومات الدالة بظاهرها على الأمر بالوفاء بالعقد الشامل لمحل النزاع. ولأن الحكم بفساد العقد، بطروه ما يخرج العاقد عن أهلية التصرف يحتاج الى دليل، والاقدام عليه لمجرد هذه الخيالات الضعيفة بعيد عن مرتبة الاستدلال، والأصح عدم الاشتراط.

قوله: (وهل له المطالبة به؟ إشكال).

المراد بأن له المطالبة: أن له ذلك على طريق الاستحقاق، والظاهر أن المراد بذلك: على تقدير عدم اشتراط القبض في صحة الرهن؛ لأنه على تقدير الاشتراط لا وجه لثبوت المطالبة به بمجرد ايقاع العقد، اذ لم يثبت حق الى الآن، إلا أن تشترط الرهانة في عقد البيع.

---

(١) البقرة: ٢٨٣.

(٢) التهذيب ٧: ١٧٦ حديث ٧٧٩.

(٣) التهذيب ٧: ١٧٦ حديث ٧٧٩.

(٤) النساء: ٢٩.

وقيل: يشترط فيجب إذن الراهن فيه.

ولو قبض من دونه، أو أذن ثم رجع قبله، أو جن، أو أُغمي عليه، أو مات قبله بطل.

ولا تشترط الاستدامة فلو استرجعه صح، ويكفي الاستصحاب، فلو كان في يد المرتهن لم يفتقر الى تجديد قبض، ولا مضي زمان يمكن فيه.

ومنشأ الاشكال من ظاهر قوله تعالى: (مقبوضة)[1]، فانه أرشد الى أن كمال التوثق لا يتحقق بدونه، وحيث استحق أصل التوثق بالعقد كان له المطالبة بالقبض الذي أمرالله به، ومن انتفاء المقتضي، اذ العقد لا يقتضيه، ولا سبب غيره. والارشاد الى التوثق بالقبض في الآية لا يدل على كون ذلك مستحقاً للمرتهن على الراهن بمجرد العقد.

قوله: (وقيل: يشترط فيجب إذن الراهن فيه).

أي: قيل: إن القبض شرط في الرهن، أي: معتبر فيه على انه جزء السبب، فيجب اذن الراهن فيه، اي: فيشترط لصحته اذن الراهن، لان القبض بدونه غير مستحق، اذ لم تحصل الرهانة الى الان فيكون عدواناً، وما هذا شأنه كيف يكون معتبراً في السبب المشروط بالتراضي؟

قوله: (ولو قبض من دون اذنه...).

هذا كله تفريع على أن القبض شرط كما في الهبة، والمعتمد خلافه.

قوله: (ولا تشترط الاستدامة).

أي: على شيء من القولين عندنا.

قوله: (ويكفي الاستصحاب، فلو كان في يد المرتهن لم يفتقر الى تجديد قبض، ولا مضي زمان يمكن فيه).

بناء على اشتراط القبض يكفي استصحابه قبل العقد، لتحقق تمامية

---

(١) البقرة: ٢٨٣.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

ولو باع من المستودع دخل في ضمانه بمجرد البيع، والأقرب زوال الضمان بالعقد لو كان غصباً.

السبب، لأن استدامة القبض قبض، فيصدق عليه أنه رهن مقبوض. ولا دليل يقتضي كون القبض واقعاً بعد الرهانة، فيكتفي بالقبض المقارن للعقد، فلا يشترط مضي زمان يمكن فيه.

وربما قيل باشتراط مضي الزمان؛ لأن الأمر بالقبض دل على اعتبار القبض بالفعل مطابقة، وعلى اعتبار مضي الزمان إما بالالتزام أو بالاقتضاء. واذا تعذر المعنى المطابقي -لامتناع تحصيل الحاصل- بقي المعنى الآخر. وضعفه ظاهر؛ لأن الزمان المدلول عليه ما كان من توابع القبض. وقد حققنا أن القبض المقارن لزمان كاف في الامتثال فلا معنى لاعتبار مضي الزمان بعده، نعم لو كان تأخره عن العقد معتبراً لوجب اعتبار مضي الزمان.

قوله: (ولو باع من المستودَع دخل في ضمانه بمجرد البيع).

المستودع بفتح الدال، وهذا من الاحكام الاستطرادية، وحاصله: انه لما كان القبض المقارن للعقد، كافياً في صحة الرهن، لكونه معتبراً، وجب الاكتفاء به في القبض المعتبر في البيع، فيتحقق بمقارنته للعقد دخول المبيع في ضمان المستودع لو كان هو المشتري.

قوله: (والأقرب زوال الضمان بالعقد لو كان غصباً).

أي: لو كان مال الراهن مغصوباً، فرهنه مالكه عند الغاصب فالأقرب زوال الضمان بمجرد العقد، والظاهر أن هذا بناء على ما اختاره المصنف، من أن القبض ليس شرطاً في الرهن؛ لظاهر قوله: (بالعقد).

ووجه القرب: أن الرهن يقتضي كون المرهون مأذوناً في إبقائه في يد المرتهن، وفيه منع ظاهر. وأن الرهن مبني على كونه أمانة في يد المرتهن، فاذا تحقق المقتضي للائتمان ارتفع الضمان؛ لأن وجود أحد المتنافيين يقتضي رفع الآخر. وفيه نظر لما سيأتي من منع التنافي.

ويحتمل الضمان، لأن الابتداء أضعف من الاستدامة، ويمكن اجتماعه مع الرهن كما لو تعدىٰ المرتهن فيه ، فلئن لا يرفع ابتداء الرهن دوام الضمان أولى.

قوله: (ويحتمل الضمان؛ لأن الابتداء أضعف من الاستدامة، ويمكن اجتماعه مع الرهن، كما لو تعدّى المرتهن فيه، فلئن لا يرفع ابتداء الرهن، دوام الضمان أولى).

هذا الاحتمال اختيار الشيخ في الخلاف[1]، والمبسوط[2]، ويناسب أن يكون توجيهه هذا، سنداً لمنع التنافي المدعى في وجه القرب.

وتحقيقه أن يقال: أن لا نسلم أن الرهن ينافي الضمان؛ لأن الرهن قد يكون أمانة، وقد يكون مضموناً فيجتمعان. وحيث كان الابتداء أضعف من الاستدامة، بناء على أن الباقي مستغن عن المؤثر، فإن المبتدأ -اعني المحدث- محتاج اليه، والمستغني أقوى من المحتاج ضرورة، فعلى هذا يكون دوام الرهن أقوى من ابتدائه، كما أن ابتداء الضمان أضعف من استدامته.

واذا طرأ الضمان -مع ضعفه بالتعدي- على استدامة الرهن، ولم تكن الرهانة -مع قوتها- رافعة للضمان، فلئن لا ترفع الرهانة المبتدأة الضعيفة دوام الضمان الذي هو اقوى من ابتدائه أولى، فيكون سنداً للمنع بابلغ الوجهين، اذ يكفي فيه أن يقال: لا نسلم التنافي، لإمكان اجتماعهما فيما اذا تعدى المرتهن.

ويمكن أن يجعل هذا دليلاً بالاستقلال على الاحتمال الذي هو مذهب الشيخ[3]، بان يقال: الضمان مع الرهن في المغصوب باق، لأن دوام الرهن مع قوته لا يرفع ابتداء الضمان مع ضعفه، فلئن لا يرفع ابتداء الرهن الضعيف الضمان المستدام القوي بطريق أولى.

ولما كان هذا مبنياً على أحد القولين في المسألة الكلامية، اقتضى ابتناء

---

(١) الخلاف ٢: ٥٨ مسألة ١٧ كتاب الرهن.

(٢) المبسوط ٢: ٢٠٤.

(٣) المبسوط ٢: ٢٠٤.

ولو أودع الغاصب أو آجره فالأقرب زوال الضمان،

الحكم في المسألة بعدم زوال الضمان عليه، مع أنه لا حاجة الى هذا البناء، للاكتفاء بمنع التنافي، واسناد المنع بما ذكر.

ويمكن الاستدلال أيضاً بظاهر قوله عليه‌السلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»[1] فانه لو زال الضمان بمجرد العقد، لم تكن الغاية المذكورة في الحديث غاية، ولوجوب استصحاب ماكان قبل الرهن الى أن يحصل الناقل، وهذا القول أصح.

اذا عرفت هذا، فالشارح ولد المصنف يظهر من كلامه أن المسألة مفروضة فيا اذا أذن الراهن في ابقائه في يد الغاصب[2]، والعبارة تنافي ذلك؛ لظاهر قوله: (بمجرد العقد).

وذكر أيضا أن في توجيه المصنف نظراً، وما ذكره غير ظاهر، لكن لو اذن الراهن للغاصب في القبض، ففي زوال الضمان نظر، ينشأ: من أن ذلك هل يعد استنابة في اليد، أم لا؟ وهو موضع اشكال.

قوله: (ولو اودع الغاصب، أو آجره فالأقرب زوال الضمان).

وجه القرب: أن كلاً منها أمانة، وهي منافية للضمان، ويحتمل ثبوته لما ذكر في الرهن.

والتحقيق أن يقال: ان الضمان ثابت الى أن يؤدي العين الى مالكها، -كما دل عليه الحديث[3]- ثم يزول. وتتحقق التأدية الى المالك، بالتأدية الى وكيله في الحفظ واثبات اليد.

وحينئذ، فكل موضع يجعل المالك الغاصب فيه نائباً له في الحفظ، واثبات اليد عليه يجب أن يزول الضمان، وما لا فلا.

ولما كان المستودع مستناباً في الحفظ، واثبات اليد عن المالك لمحض

---

(١) عوالي اللآلي ٣: ٢٤٦ حديث ٢، المستدرك للحاكم ٢: ٤٧.

(٢) ايضاح الفوائد ٢: ٢٦.

(٣) عوالي اللآلي ١: ٢٢٤ حديث ١٠٦، سنن البيهقي ٦: ٩٥.

وفي العارية والتوكيل بالبيع أو الاعتاق نظر. ولو أبرأ الغاصب عن ضمان الغصب والمال في يده فاشكال، منشؤه: الابراء مما لم يجب، ووجود سبب وجوبه؛ لأن الغصب سبب وجوب القيمة عند التلف. والأقرب انه لا يبرأ، ولا تصير يده يد أمانة.

مصلحته كانت يده يد المالك، فوجب زوال الضمان الثابت على الغاصب بايداعه، لكون المال حينئذ معدوداً في يد المالك، لأن يد المستودع متمحضة للمودع في مصلحة الحفظ، ومع ذلك فان المستودع بالتعدي يخرج عن كونه مستودعاً.

وأما المستأجر فان يده وإن كانت في الأصل يد أمانة، إلا أن الضمان قد يجامع يد المستأجر اذا تعدى، وليست يد نيابة عن المالك في الحفظ، إنما هي يد استيفاء للمنفعة، فهي لمصلحة المستأجر، فوجب أن يبق الضمان معها الى أن تتحقق التأدية الى المالك بنفسه أو وكليه، كمادل عليه الحديث[1].

قوله: (وفي العارية، والتوكيل بالبيع، والاعتاق نظر).

ينشأ: من أنها أمانة، وهي منافية للضمان، ولأن العارية كالإجارة في التسليط على الانتفاع، والتوكيل كالوديعة في الاستنابة في الحفظ، ومن أن العارية لا تنافي الضمان كما في بعض اقسامها، ومع اشتراط الضمان مطلقاً.

وكذا القول في التوكيل؛ لأن الوكيل اذا تعدى لا ينعزل بمجرد التعدي، ولما سبق في الرهن، والظاهر عدم زوال الضمان بها، نعم لو وكله في اثبات اليد مع التوكيل في البيع وعدمه فان زوال الضمان هنا متجه.

قوله: (ولو أبرأ الغاصب من ضمان الغصب، والمال في يده فاشكال، منشؤه: الإبراء مما لم يجب، ووجود سبب وجوبه؛ لأن الغصب سبب وجوب القيمة عند التلف).

إنما كان إبراء مما لم يجب؛ لأن الوجوب إنما يتعلق به عند التلف، لأن

---

(١) عوالي اللآلي ١: ٢٢٤ حديث ١٠٦، سنن البيهقي ٦: ٩٥.

. . . .

العين مادامت موجودة، لا يتعلق بالذمة شيء سوى وجوب ردها، ومعلوم أن الإبراء ليس من هذا، إنما الإبراء من مقتضى الغصب، وهو ضمانها عند التلف.

فان قلت: اذا كانت العين موجودة، فهنا أمران: وجوب ردها على الفور، لكون يد الغاصب يد عدوان، وضمانها عند التلف، وهو أثر ذلك، فاذا أبرأه تعلق الإبراء بالأمر الأول، فيسقط الثاني وهو أثره.

قلت: الضمان أثر يد العدوان، لا أثر وجوب الرد على الفور، والإبراء إنما يسقط به الحق الثابت في الذمة، لا كون اليد يد عدوان، ونحوه. وإنما يزول عدوان اليد، بان تصير يد أمانة، ولا دخل للابراء في ذلك، ومادام وصف العدوان ثابتاً فالضمان بحاله.

وما ذكره في توجيه الوجه الثاني من وجهي الاشكال لا محصل له؛ لأن وجود سبب وجوب الشيء لا يقتضي صحة تعلق الإبراء بذلك الشيء، الذي لا تحقق له، فلهذا كان الأقرب أنه لا يبرأ بذلك، ولا تصير يده يد أمانة، وإنما يبرأ بالرد اليه، أو بأن يستنيبه في الحفظ عنه، واثبات اليد على الظاهر في الثاني، لأن يده يده حينئذ.

ولا يقال: إن التأدية غير صادقة على هذا، لأنا نقول: يكفي فيها التأدية بالاعتبار، فهو باعتبار كونه غاصباً مؤد، وباعتبار كونه وكيلاً في اثبات اليد على المالك آخذ.

فان قيل: قد اختار فيما سبق أن ضمان الغاصب يزول بالرهن، فكيف لا يزول بالإبراء؟

قلت: لو صح ذلك لم يكن بينه وبين هذا منافاة؛ لأن المقتضي للزوال هناك كون الرهن أمانة، وهو سبب غير الإبراء، ولا يمتنع إمكان أحد السببين وامتناع الآخر.

أما المستعير المفرط أو المشروط عليه الضمان، أو القابض بالسوم، أو الشراء الفاسد فالأقرب زوال الضمان عنهم بالارتهان؛ لأن ضمانهم أخف من ضمان الغاصب.

ولا يجبر الراهن على الاقباض، فلو رهن ولم يسلّم لم يجبر عليه. نعم لو كان شرطاً في بيع فللبائع الخيار،

قوله: (أما المستعير المفرط، أو المشروط عليه الضمان، أو القابض بالسوم أو الشراء الفاسد فالأقرب زوال الضمان عنهم بالارتهان؛ لأن ضمانهم أخف من ضمان الغاصب).

وقد سبق أن ضمان الغاصب يزول بالارتهان، فهذا أولى. وإنما كان ضمانهم أخف، لأن لوازمه أقل، فان الغاصب آثم، ولا إثم في غير المفرط، واثمه أخف.

والمشهور تضمين الغاصب أعلى القيم لو تلفت العين، مؤاخذة له بأشق الأحوال، بخلافهم، ولا يضمنون المنافع، وهو ضامن لها، وحيث عرفت منع الحكم في الأصل انتفى ثبوته عن الفرع.

قوله: (ولا يجبر الراهن على الاقباض).

هذا جزم بعد التردد؛ لأن الاشكال السابق في أن له المطالبة بالقبض، يقتضي التوقف في عدم الاجبار، فانه متى استحق المطالبة به، اتجه أن يجبر الراهن عليه؛ لأنه حينئذ حق واجب عليه.

قوله: (فلو رهن، ولم يسلم لم يجبر عليه).

سواء قلنا: الإقباض شرط لصحة الرهن، أم لا. وفي العبارة مناقشة؛ لأنه لا فرق بين هذا وبين ما فرع عليه، وإنما هو عينه فلا يستقيم التفريع.

قوله: (نعم لو كان شرطاً في بيع فللبائع الخيار).

لأن التراضي بالعقد إنما وقع على هذا الشرط، وهل له المطالبة به حينئذ فيجبر عليه أم لا؟ عبارته تحتمل كلاً من الأمرين، وما ذكره سابقاً في شرط

وكيفيته كما تقدم.

العتق، من أنه لا يجبر عليه، يؤذن بأن الحكم هنا كذلك لأنها من قبيل واحد، وقد صرح شيخنا الشهيد بذلك (١).

والأصح أن له الإجبار حينئذ؛ لأن مقتضى العقد اللازم وجوب الوفاء به، ولأن الإخلال بالشرط يقتضي المعصية، لقوله عليه السلام: «إلا من عصى الله»، وما كان الاخلال به معصية ففعله واجب، والحق الواجب للادمي يجبر عليه. نعم ينبغي أن يكون له الخيار بمجرد الامتناع، للاتفاق على ثبوت الخيار بالامتناع، وفقد الدليل الدال على اعتبار تعذر الإجبار.

قوله: (وكيفيته كما تقدم).

أي: وكيفية القبض هنا كما تقدم في البيع، من اعتبار الأخذ باليد لما يؤخذ باليد، والنقل فيما ينقل، والتخلية فيما لا ينقل؛ لأن المراد: الاكتفاء فيه بالتخلية مطلقاً على قول، فيكون الخلاف هناك آتياً هنا، لما حكي عن القاضي من عدم الاكتفاء بالتخلية هنا (٢)، وإن قلنا بالاكتفاء بها في البيع.

والفرق على ما ذكروه: أن البيع يوجب استحقاق القبض، فتكفي فيه التخلية، بخلاف الرهن، فان القبض سبب في استحقاق الأمر المترتب عليه، وفي هذا الفرق نظر، لعدم ظهور الملازمة.

ويمكن أن يفرّق بوجه آخر، وهو: أن القبض لما كان جزء السبب هنا ـ على القول باعتباره ـ وجب فيه الأخذ والنقل؛ لانتفاء المسمى بدونه. وفي البيع: لما كان المقصود به زوال الضمان عن البائع، وانقطاع سلطته حبسه إياه اكتفى بما تزول معه السلطنة، وهو رفع اليد والتخلية. وان كان لا يتم هذا؛ لأن انقطاع سلطنة البائع، والدخول في ضمان المشتري يحتاج الى تحقق مسمى القبض.

---

(١) الدروس: ٣٩٦.

(٢) قال السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٥: ١٥١: قد حكى الشهيد في حواشيه عن القاضي...

وإنما يصح القبض من كامل التصرف، وتجري فيه النيابة كالعقد، لكن لا يجوز للمرتهن استنابة الراهن. وهل له استنابة عبد الراهن ومستولدته؟ اشكال ينشأ: من أن أيديهم يده، ويستنيب مكاتبه.

قوله : (وإنما يصح من كامل التصرف) .

لأن فعل غيره لا يعتد به شرعاً، فلا يكون مكملاً للسبب الشرعي.

قوله : (وتجزئ فيه النيابة) .

الأولى قراءته بالراء المهملة،إذ الإجزاء في مثل هذا الموضع إنما يستعمل بطريق المجاز؛ لأن متعلقه العبادات.

قوله : (لكن لا يجوز للمرتهن استنابة الراهن) .

لأن القبض المعتبر على القول به، وهو ما به يتحقق معنى الاستيثاق، وذلك قبض المرتهن، ووكيله دون الراهن، اذ لا يظهر بقبضه معنى الاستيثاق.

ويضعف: بان القبض إن أُريد به الدوام، فهو غير معتبر أصلاً، أو مسماه، وهذا مع أنه لا يحصل به كمال معنى الاستيثاق، يصدق في قبض الراهن عن المرتهن؛ لأنه بالوكالة عنه تصير يده يده، فيكون مقبضا لكونه راهناً، وقابضاً لكونه وكيل المرتهن. والأصح جواز استنابته فيه، واختاره في التحرير[1] .

قوله : (وهل له استنابة عبد الراهن، ومستولدته؟ اشكال، ينشأ: من أن يدهم يده) .

ومن مغايرتها للراهن، والأصح الاكتفاء باستنابتها. وكأنه حاول ادراج القن والقنة والمدبر بقوله: (عبد الراهن) ، حتى تكون عبارته شاملة لأقسام المملوك .

قوله : (ويستنيب مكاتبه) .

سواء كانت الكتابة مطلقة أو مشروطة؛ لانقطاع سلطنة المولى عنه.

---

(١) تحرير الأحكام: ٢٠٢.

وكل تصرف يزيل الملك قبل القبض فهو رجوع كالبيع، والعتق، والإصداق، والرهن من آخر مع القبض، والكتابة، ويلحق به الإحبال، وإن لم يُزل فلا كالوطء من دون الاحبال أو التزويج، والاجارة، والتدبير.

ولو انقلب خمراً قبل القبض فالأقرب الخروج، ولو عاد افتقر الى

قوله: (وكل تصرف يزيل الملك قبل القبض فهو رجوع كالبيع، والعتق، والإصداق، والرهن من آخر مع القبض).

اذ لا حكم له بدونه لكونه شرطاً. وفي عد هذا من التصرفات المزيلة للملك مناقشة ظاهرة، لكن لما كان الرهن اذا تم أفاد منع الراهن من التصرف، اشبه المزيل للملك في منع التصرف بالإقباض عن الراهن السابق، فيبطل العقد السابق.

ولا تحسن قراءته بالرفع، على أنه مبتدأ محذوف الخبر تقديره: والرهن كذلك، لأنه يصير أجنبياً بين قوله: (وكل تصرف يزيل الملك ...)، وبين معادله وهو قوله: (وإن لم يزل فلا).

قوله: (والكتابة، ويلحق به الإحبال).

لأن كلاً منها يمنع المولى من التصرف، وما أحسن قوله: (ويلحق به الإحبال)، فانه لا يزيل الملك، وإنما يمنع التصرف المخرج عن الملك.

قوله: (ولو انقلب خمراً قبل القبض فالأقرب الخروج).

أي: لو انقلب الرهن خمراً، وقد كان خلاً أو عصيراً قبل القبض، بناء على اشتراطه، والمعين للمحذوفات السياق.

وفي قوله: (فالأقرب الخروج) مناقشة؛ لأن المتبادر الخروج عن كونه رهناً.

ويرد عليه: أنه لم يصر رهناً بعد، فكيف يتصور خروجه عن ذلك وعدمه، والمطلوب إنما هو بطلان عقد الرهن، الواقع قبل الانقلاب من دون القبض، بحيث اذا عاد خلاً يحتاج في كونه رهناً الى استئناف عقد آخر.

مركز تحقيقات كامپيوتري علوم اسلامي

تجديد عقد، بخلاف ما لو انقلب خمراً بعد القبض فإنه يخرج عن الرهن ثم يعود اليه عند العود خلاً.

ووجه القرب: أن ما بقي -وهو القبض- جزء من أجزاء السبب، فيشترط فيه شروط ابتداء السبب، فكما لا يصح ابتداؤه على الخمر، لا يصح القبض وهو خمر. وفيه نظر؛ لأنه لا يلزم من ذلك البطلان بالانقلاب، وإنما اللازم عدم جواز القبض في حال كونه خمراً، وهو خلاف المتنازع، ولأن الانقلاب خمراً موجب للخروج عن الملك.

ومتى تخلل بين أجزاء السبب مبطل للملك بطل؛ لخروج الجزء الحاصل عن الصلاحية بذلك. وفيه أيضا نظر؛ لتطرق المنع اليه، ولم لا يجوز أن يبقى العقد الواقع قبل الخمرية على الصلاحية، الى أن ينضم القبض اليه بعدها؟ وما قربه المصنف هو مذهب معظم القائلين باشتراط القبض في الرهن، بل لا نجد الآن من يقول بعدم البطلان ممن اشترط القبض في الرهن.

والمصنف في التحرير أسند البطلان، وعدم العود بزوال الخمرية الى القائلين باشتراط القبض[١]، وصرح في الدروس بعدم العود[٢]، وحكى ذلك ولد المصنف في الشرح عن الشيخ، وأبي الصلاح[٣]. وهذا الفرع ساقط عندنا، إذ لا نشترط القبض.

واعلم أن قوله: (ولو عاد افتقر الى تجديد عقد) بيان لحكم المسألة، الذي هو المراد من قوله: (فالأقرب الخروج)، اذ الخروج عن الرهانة في حال الخمرية لا شبهة فيه، إنما المطلوب أنه هل يعود بعوده خلاً أو عصيراً، أم لا؟

قوله: (أما لو انقلب خمراً بعد القبض، فانه يخرج عن الرهن، ثم يعود اليه عند العود خلاً).

أما الحكم الأول، فلأن الخمر ليس مالاً، فيمتنع كونه رهناً ووثيقة،

---

(١) تحرير الأحكام: ٢٠٣.

(٢) الدروس: ٣٩٦.

(٣) ايضاح الفوائد ٢: ٢٩، والشيخ في المبسوط ٢: ٢١٣-٢١٤، وأبوالصلاح في الكافي في الفقه: ٣٣٦.

ولا يجوز اقباضه وهو خمر، ولا يحرم الامساك ، ولا العلاج، ولا النقل الى الشمس.

ولو رهن الغائب لم يصر رهناً حتى يقبضه هو أو وكيله، ويحكم على الراهن لو أقر بالاقباض ما لم يعلم كذبه، فإن ادعى المواطأة فله الاحلاف.

فيخرج لا محالة.

وأما الحكم الثاني، فلأن الملك وإن زال إلّا أن توابعه باقية، وهي الأولوية، ولهذا لا يجوز غصبه، ولا اراقته بدون رضى من هي بيده. فكما أن الأولويــة باعتبار الملك باقية، وإن خرجت عن الملك فيعود اليه بالعود، فكذا الأولوية باعتبار التوثق باقية، لثبات الرهن واستكماله واصالة عدم الزوال أصلا، فيعود بالعود.

قوله: (ولا يجوز اقباضه وهو خمر).

لما بيّنا من أن جزء السبب يعتبر فيه ما يعتبر في ابتدائه.

قوله: (ولو رهن الغائب لم يصر رهناً حتى يقبضه هو أو وكيله).

هذا الحكم مبني على اشتراط القبض في الرهن، وحينئذ فلا بد في حصول الرهن من عود الغائب الى موضع الرهن، ليتصور قبضه اياه عادة، أو توكيله في القبض لمن كان قريباً، بحيث يتمكن منه، سواء في ذلك ما ينقل وغيره، نص على ذلك الأصحاب[1] وغيرهم[2][3].

قال المصنف في التذكرة: يقبل اقرار الراهن بالقبض ويلزمه حكمه بشرط

---

(١) منهم: المحقق في الشرائع ٢: ٧٥، وابن سعيد في الجامع للشرائع: ٢٨٩.

(٢) منهم: الشافعي وأبوحنيفة كما في المغني لابن قدامة ٤: ٣٩٩ مسألة ٣٢٧٥.

(٣) (فرع: لو كان المرهون في بلاد بعيدة عن موضع المتعاقدين، فهل يكفي في الاقباض هنا مجرد لفظ التخلية، أم لا بد من القرب الذي يتمكن معه من التصرف؟ صريح كلام التذكرة عدم تصور القبض مع البعد، فانه قال: يقبل اقرار الراهن بالقبض ويلزمه حكمه بشرط الامكان).
هكذا ورد في النسخة الحجرية على أنه نسخة بدل.

ولا يجوز تسليم المشاع إلا بإذن الشريك ، فلو سلّم بدونه ففي الاكتفاء به في الانعقاد نظر، أقربه ذلك ؛ للقبض وإن تعدى في غير الرهن.

ولو رضي الراهن والمرتهن بكونها في يد الشريك جاز،

الإمكان، ولا يقبل لو ادعى المحال، كما لو قال: رهنته داري اليوم بالحجاز، وهما بالعراق، واقبضتها إياه، لم يلتفت اليه[1].

وقال شيخنا في الدروس: لو أقر الراهن بالقبض حكم عليه به، إلا أن يعلم عدمه، مثل أن يقول بمكة: رهنته اليوم داري بمصر واقبضته، لأن خرق العادة يلحق بالمحال[2]، ونحو ذلك مذكور في كلام غيرهما. ووجهه: أن قبض الشيء الذي لا ينقل يكون بالتسلط عليه بحيث يدخل تحت اليد،ومع البعد عادةً يمتنع ذلك فيشترط لصحته شرعاً القرب عادة، ولو قلنا بعدم اشتراط القبض في الرهن سقط ذلك .

قوله : (ولا يجوز تسليم المشاع ، إلا باذن الشريك ، فلو سلم بدونه، ففي الاكتفاء به في الانعقاد نظر، أقربه ذلك ؛ للقبض وإن تعدى في غير الرهن) .

منشأ النظر: أن ذلك قبض منهي عنه شرعاً، فلا يكون معتبراً، ومن أن النهي إنما هو لحق الشريك فقط، للاذن في قبض حق الراهن.

وربما بني الحكم في ذلك ، على أن النهي في غير العبادة هل يدل على الفساد أم لا؟ ووجه البناء أنه إن لم يدل كان القبض صحيحاً، فيقع عليه اسمه حقيقة، والأصح الاكتفاء به.

والمراد بقول المصنف: (للقبض) ، حصول القبض المعتبر شرعاً.

قوله : (ولو رضي الراهن والمرتهن بكونها في يد الشريك جاز) .

---

(١) التذكرة ٢: ٤٣ .

(٢) الدروس: ٣٩٧

وناب عنه في القبض.

ولو تنازع الشريك والمرتهن نصب الحاكم عدلاً يكون في يده لهما، فيكون قبضاً عن المرتهن.

ولو تنازع الشريك والمرتهن في إمساكه انتزعه الحاكم، وآجره إن كان له أجرة ثم قسمها،

الضمير في (بكونها) يعود الى المشاع بتأويل العين، ومثله جائز وواقع.

قوله: (وناب عنه في القبض).

أي: وناب الشريك في هذه الحالة عن المرتهن في القبض، لكن لابد من اذن الراهن. وهل يكفي اذنه للشريك في القبض، وللمرتهن فيه أيضاً من دون أن يأذن للمرتهن في توكيل الشريك فيه، أم لا بد من ذلك؟ فيه احتمال، وفي الاكتفاء قوة؛ لاستلزام الإذن لكل منهما في القبض الاذن للمرتهن في توكيل الشريك، نعم لو شرط عليه القبض بنفسه لم يكف.

قوله: (ولو تنازع الشريك والمرتهن نصب الحاكم عدلاً يكون في يده لهما، فيكون قبضاً عن المرتهن).

بل مقتضى السياق أن التنازع هاهنا في القبض، بان أراد المرتهن القبض، ونازع في ذلك فنازعه الشريك، وبهذا يفرّق بينها وبين المسألة التي تليها، وإن كان اطلاق العبارة واخلاؤها عن قيد صالحاً للتقييد بما يشتمل القبض والامساك.

ولا ريب في طول العبارة بغير فائدة، وإنما كان قبض العدل قبضاً عن المرتهن؛ لأنه نائب عنه بنصب الحاكم. ولابد من تقييد المسألة بكون الراهن قد اذن للمرتهن في القبض، وإلا لم يعتد بمنازعته.

قوله: (ولو تنازع الشريك والمرتهن في امساكه انتزعه الحاكم، وآجره إن كان له أجرة، ثم قسمها).

التنازع هنا في الإمساك بعد القبض، وهو استدامة اليد، وكأنه إنما أفرد

وإلا استأمن من شاء.

ولو حجر عليه لفلس لم يكن له الاقباض؛ لاشتماله على تخصيص بعض الغرماء.

ولو كانا ساكنين في الرهن فخلي بينه وبينها صح القبض مع خروج الراهن.

ولو اختلفا في القبض قدّم قول من هو في يده.

هذا بخصوصه؛ لبعد تصورثبوت الأجرة لزمان القبض لقصره، بخلاف زمان الإمساك، ولا محصل لذلك، لأن اشتراط ثبوت الأجرة عنه يدفع ذلك.

فلو قال: ولو تنازع الشريك والمرتهن، وآجره إن كان له أجرة، وإلا نصب عدلاً ليكون في يده لهما، لكان أخصر وتأدى به المراد.

قوله: (وإلّا استأمن من شاء).

أي: وإن لم يكن له أجرة الى اخره.

قوله: (ولو حجر عليه لفلس لم يكن له الإقباض).

أي: لو حجر على الراهن لفلس، قبل اقباض المرتهن وبعد العقد لم يكن له الاقباض الى اخره، ولو اقبض لم يعتد به، ولم يتم به الرهن، لما فيه من تضييع حق الغرماء الباقين.

قوله: (ولو كانا ساكنين في الرهن، فخلي بينه وبينها صح القبض مع خروج الراهن).

فلو لم يخرج لم يصح؛ لثبوت يده على الرهن حينئذ، وهو مناف للتخلية. والضمير في (بينها) يعود الى الرهن، بتأويل الدار.

قوله: (ولو اختلفا في القبض قدّم قول من هو في يده).

سواء كان في يد الراهن أم المرتهن. ويحتمل تقييد التقديم في العبارة بما اذا كان في يد المرتهن فاسد، ويرشد اليه قوله بعد: (احتمل ذلك) اذ لا مقتضي للتخصيص هاهنا عملاً بالأصل لو كان في يد الراهن، وبظاهر حال

ولو اختلفا في الاذن احتمل ذلك ، وتصديق الراهن مع اليمين.

ولو تلف بعض الرهن قبل القبض، وكان الرهن شرطاً في البيع تخيّر البائع بين الفسخ والقبول للباقي ، وليس له المطالبة ببدل التالف ، ويكون الباقي رهناً بجميع الثمن ، ولا خيار لو تلف بعد القبض ، وكذا يتخيّر البائع لو تعيبت العين قبل القبض كانهدام الدار. وهذه الفروع

اليد ـ لو كان في يد المرتهن ـ ، من أنها يد شرعية واقعة بالاذن. وليس بشيء ، إذ الأصل بعد تحقق كون العين ملكاً للراهن، كون اليد الطارئة يد عدوان، اذ الأصل عدم اذن المالك قطعاً.

هذا إن كان المراد تقديم قول من هو في يده، حيث لا يعلم سبق الاذن. فان قيدت المسألة، بما اذا علم سبق الاذن فسد الكلام، اذ لا معنى للتقديم ولا للنزاع بعد تحقق اليد وسبق الاذن، ولأن المراد التقديم باليمين، وهو غلط على هذا التقدير.

قوله : (ولو اختلفا في الاذن احتمل ذلك).

أي: تقديم قول من هو في يده، ووجهه: أن الأصل في اليد كونها شرعية بالاذن. وليس بشيء، لأن ذلك في اليد التي لم يعلم ما ينافيها.

وأما اذا علم سبق استحقاق شخص آخر، فالأصل عدم الإذن، والأصل عدم كونها شرعية كما هو ظاهر.

قوله : (وتصديق الراهن مع اليمين).

أي: واحتمل تصديق الراهن الى آخره، وهو الأصح؛ لأن الأصل في طرفه.

قوله : (وليس له المطالبة ببدل التالف).

لأن الرهن لم يتم ، والاشتراط إنما تعلق بالعين ، وقد تعذر بعضها بتلفه.

قوله : (ولا خيار لو تلف بعد القبض).

الفرق: تحقق حصول الشرط في الثاني دون الأول، بناء على أن القبض شرط لانعقاد الرهن.

كلها ساقطة عندنا؛ لعدم اشتراط القبض، نعم لو شرطه وجب.

فروع :

أ: لو شرطا وضعه على يد غيرهما لزم، ويشترط فيه كونه ممن يجوز توكيله، وهو الجائز التصرف وإن كان كافراً أو فاسقاً أو مكاتباً لكن بجعل، لا صبياً ولا عبداً إلا بإذن مولاه.

ب: لو جعلاه على يد عدلين جاز، وليس لأحدهما التفرد به ولا ببعضه.

ولو سلّمه أحدهما الى الآخر ضمن النصف.

قوله : (نعم لو شرطه وجب).

هذا ينافي ما ذكروه، من أن الشرط في العقد اللازم لا يجب، وإنما يسلط المشترط على الفسخ بالاخلال به.

لكن قد ذكرنا فيما سبق، أن وجوبه من مقتضيات العقد، الذي يجب الوفاء به، فيثبت قوله: (أو مكاتبا، لكن بجعل)؛ لأنه محجور عليه في منافعه، اذ لا يجوز له صرفها في غير الاكتساب.

ويجب في الجعل أن يكون بقدر أُجرة المثل، لمثل ما قلناه. ولو اذن له المولى زال الحجر؛ لأن الحق دائر بينهما.

قوله : (لو جعلاه على يد عدلين جاز، وليس لأحدهما التفرد به ولا ببعضه).

هذا اذا اشترطا عليهما الاجتماع، أو اطلقا عملاً بظاهر الحال من اختيار الاثنين، لعدم الاكتفاء بحفظ الواحد، فان اذنا لهما في الانفراد فعلى حسب الاذن.

قوله : (ولو سلّمه أحدهما الى الآخر ضمن النصف).

لأنها بمنزلة أمين واحد، ولأن الواجب عوض واحد، وهما متساويان في ثبوت سبب الضمان، لأن أحدهما متعد والآخر مفرط. وليس بشيء؛ لأن

ويحتمل أن يضمن كل منها في الجميع، ففي استقراره على أيها كان اشكال.

تساويهافي ثبوت سبب الضمان لا يقتضي التقسيط. ونمنع كونها بمنزلة أمين واحد، بل كل واحد أمين مستقل على الجميع، غاية ما في الباب، أنه قد شرط عليه انضمام يد أحدهما الى يد الآخر، وحفظه الى حفظه.

قوله: (ويحتمل أن يضمن كل منها الجميع).

وهو الأصح؛ لأن كل واحد منها أمين على الجميع، وقد حصل منه سبب الضمان، فيتخير المالك في تضمين من شاء منها.

قوله: (ففي استقراره على أيها اشكال).

أي: فعلى هذا الاحتمال، وهو ضمان كل منها الجميع على طريق البدل، فعلى اى العدلين يستقر الضمان؟ فيه اشكال ينشأ: من أن المسلِّم مضيع بتسليمه، والمتسلم حافظ فقد عمل بمقتضى الاستئمان، فيكون قرار الضمان على المسلِّم.

ويضعّف بأنه لو تم لم يجز الرجوع عليه بشيء أصلاً، وليس كذلك، بل يده يد عدوان؛ لأن الاذن لأحدهما في وضع اليد إنما هو مع يد الآخر.

ومن أن المسلِّم مفرط، والمتسلم عاد، والعدوان أقوى، لأن العادي مباشر للتلف، والآخر سبب ومعد. وليس بشيء؛ لأن كلاً من التفريط والتعدي سبب مستقل في الضمان، ولكل منها يد على العين، فاذا تلفت كان التلف مضموناً على كل منها.

ويحتمل وجها ثالثاً، وهو أن كل من ضمنه المالك قرار الضمان عليه فلا يرجع على أحد، لما قلناه من اشتراكها في حصول سبب الضمان. ويظهر من كلام الشارحين: أن وجهي الاشكال هو الأول والثالث[١]، والعبارة تأباه، كما يظهر مما قدمناه.

---

(١) ايضاح الفوائد ٢: ٣٠-٣١.

ج: ليس لأحدهما، ولا للحاكم نقله عن العدل الذي اتفقا عليه ما دام على العدالة، ولم يُحدث له عداوة.

ولو اتفقا على النقل جاز، فإن تغيرت حاله اجيب طالب النقل، فإن اتفقا على غيره، وإلا وضعه الحاكم عند ثقة.

ولو اختلفا في التغير عمل الحاكم على ما يظهر بعد البحث.

ولو كان في يد المرتهن فتغيرت حاله في الثقة، أو الحفظ نقله الحاكم الى ثقة.

ولو مات العدل نقلاه الى من يتفقان عليه، فإن اختلفا نقله الحاكم.

وهكذا بخط شيخنا الشهيد، فانه قال في بعض حواشيه: إن منشأ الاشكال من احتمال الوجهين الأولين، قال: وذكر بعض ثالثاً الى آخره.

واعلم أن لي في أصل هذا الاشكال نظراً؛ لأن المعروف في المذهب في ابواب الغصب وغيرها: أنه اذا استوى شخصان في اثبات اليد عدواناً وفي العلم بذلك وانفرد أحدهما بوقوع التلف في يده، أن قرار الضمان عليه.

قوله: (ما دام على العدالة، ولم يحدث له عداوة).

أي: عداوة دنيوية على الظاهر، اذ لا يؤمن أن يرتكب بعض الحيل المترتب عليها ضرر أحدهما، ويكفي في العداوة عداوته لأحدهما.

وبمجرد حصول العداوة لا يخرج عن العدالة، مالم يفعل فعلاً من مقتضيات العداوة يوجب الفسق. ومن هذا يعلم أنه من أول الأمر لا ينعقد الشرط مع العداوة، ولا يسوغ للحاكم استئمان من كان عدواً لصاحب الأمانة.

قوله: (ولو كان في يد المرتهن، فتغيرت حاله في الثقة أو الحفظ نقله الحاكم الى ثقة).

لا يخفى أن الحاكم إنما ينقله مع اختلافهما، أما مع تراضيهما فلا.

ولو كان المرتهن اثنين، فمات أحدهما ضم الحاكم الى الآخر عدلاً للحفظ.

د: للعدل رده عليها لا على أحدهما إلا باتفاق الآخر، أو الى من يتفقان عليه، ويجب عليها قبوله.

ولو سلّمه الى الحاكم، أو الى أمين مع وجودهما وقبولها للقبض من غير اذن ضمن، فإن اختفيا عنه سلّمه الى الحاكم.

ولو كانا غائبين، أو أحدهما لم يجز له تسليمه الى الحاكم ولا غيره، من غير ضرورة فيضمن.

ومع الحاجة سلّمه الى الحاكم، أو الى من يأذن له، فإن سلّمه الى الثقة من غير إذن الحاكم ضمن.

ولو تعذر الحاكم، وافتقر الى الايداع أودع من ثقة ولا ضمان.

هـ: لو لم يمتنعا من القبض، فدفعه الى عدل بغير اذنها ضمن.

ولو اذن له الحاكم ضمن أيضاً؛ لانتفاء ولايته عن غير الممتنع، ويضمن القابض أيضاً.

قوله: (وإن كان المرتهن اثنين، فمات أحدهما ضم الحاكم عدلاً للحفظ).

لا يخفى أن هذا حيث لا يكون كل منها مأذوناً له في الانفراد.

قوله: (ولو أذن له الحاكم ضمن أيضاً...).

أي: ضمن الدافع؛ لأن تسليمه حينئذ عدوان وإن اغتر باذن الحاكم، لكن في هذه الحالة يرجع على الحاكم إن تعمد، وإلا فهو من خطأ الحكام.

قوله: (ويضمن القابض أيضاً).

لأن يده عادية، ولا أثر لعدم علمه بالحال، لكنه مع الجهل يرجع على من غره.

ولو امتنعا لم يضمن بالدفع الى العدل مع الحاجة وتعذر الحاكم، فإن امتنع أحدهما فدفعه الى الآخر ضمن. والفرق: ان العدل يقبض لهما، والآخر يقبض لنفسه.

و: لو أمر العدل بالبيع عند الحلول فله ذلك، وللراهن فسخ الوكالة، إلا أن يكون شرطاً في عقد الرهن. وليس للمرتهن عزله؛ لأن العدل وكيل الراهن لكن ليس له البيع إلا باذنه.

قوله: (والفرق: أن العدل يقبض لهما، والآخر يقبض لنفسه).

قيل عليه: لو قبض الآخر لنفسه وللآخر وجب أن يُجوّز التسليم اليه.

قلنا: قبضه لنفسه أو لهما مرجعه الى قصده، وهو أمر خفي وليس هو المراد، وإنما المراد: أن العدل الأجنبي لما لم يكن له في العين حق فهو لا يقبض إلا لهما، لعدم ظهور ما يقتضي خلاف ذلك. وأما أحدهما فان شأنه أن يقبض لنفسه، وهذا ظاهر حاله باعتبار أن له في العين حقاً، فلا يجوز تمكينه حينئذ منها، نظراً الى هذا الظاهر.

قوله: (السادس: لو أمر العدل بالبيع عند الحلول فله ذلك).

صرح الأصحاب: بأنه لا بد لجواز البيع من اذن المرتهن، لتعلق حقه بالعين من حيث كونها وثيقة، فلا يسوغ التصرف بها على وجه يفضي الى ابطال التوثق، ولأن البيع لحقه فيتوقف على اذنه[1].

قوله: (وليس للمرتهن عزله؛ لأن العدل وكيل الراهن).

وذلك لأن المالك هو الراهن دون المرتهن، وإن كان له حق التوثق، فلا يكون له عزل الوكيل، لأنه نائب عن المالك، بل له منعه لحقه وتبقى وكالته بحالها.

وتظهر الفائدة لو وكله في البيع -ولم يقيد بكونه لاداء دين الرهن- ثم حصل الافتكاك فان الوكالة تبقى.

---

(١) منهم: الشيخ في المبسوط ٢: ٢١٧، والعلامة في التذكرة ٢: ٣٤، والشهيد في الدروس: ٤٠٥.

ولو لم يعزلاه لم يبع عند الحلول إلا بتجديد اذن المرتهن؛ لأن البيع لحقه فلم يجز حتى يأذن فيه، ولا يفتقر الى تجديد إذن الراهن.

ولو أتلف الرهن اجنبي فعليه القيمة، تكون رهناً في يد العدل، وله المطالبة بها. وهل له بيعها بالاذن في بيع الأصل؟ الأقرب المنع.

قوله: (ولو لم يعزلاه لم يبع عند الحلول، إلا بتجديد اذن المرتهن؛ لأن البيع لحقه، فلم يجز حتى يأذن فيه).

في اسناد نفي العزل اليها توسع بيّن، فان المرتهن ليس له عزله كما علم عن قريب، وإنما المراد بعدم العزل بالاضافة الى المرتهن، عدم المنع من البيع.

ولا يخفى ضعف ما ذكره من التعليل، فان كون البيع لحقه لا يستلزم وجوب تجديد الاذن، استصحاباً لما كان كما في الراهن، والفرق غير ظاهر، لكن الشيخ ذكر ذلك [1] وتبعه الجماعة [2].

قوله: (ولو أتلف الرهن اجنبي فعليه القيمة، تكون رهناً في يد العدل).

هذا الحكم في الرهن المشروط وضعه على يد عدل في العقد، وإنما ثبت كونه في يد العدل؛ لأن القيمة بدل من العين المرهونة، وقائمة مقامها في الرهن.

قوله: (وله المطالبة بها).

لأنه أمين في حفظها، وذلك حق له وسلطنة.

قوله: (وهل له بيعها بالإذن في بيع الأصل؟ الأقرب المنع).

وجه القرب: أن الوكالة بالبيع إنما كانت في العين، وقد ذهبت ولم تتعلق بالقيمة، ولا دل دليل على تعلقها بها. ويحتمل أن له ذلك، لمثل ما قلناه في ثبوت الاستئمان في القيمة، كما كان في الأصل.

والفرق: أن الاستئمان محض نفع، اذ هو حفظ للعين وصيانة لها، فلا

---

(١) المبسوط ٢: ٢١٧.

(٢) منهم: الشهيد في الدروس: ٤٠٥.

ز: لو عيّنا له ثمناً لم يجز له التعدي، فإن اختلفا لم يلتفت اليها، إذ للراهن حق ملكيّة الثمن، وللمرتهن حق الوثيقة، فيبيعه بأمر الحاكم بنقد البلد، وافق الحق أو قول أحدهما أو لا، فإن تعدد فبالأغلب، فإن تساويا فبمساوي الحق، وإن باينها عيّن له الحاكم. ولو باعه نسيئة لم يصح إلا بإذن.

ح: كل موضع يحكم فيه ببطلان البيع يجب رد المبيع، فإن تلف تخيّر المرتهن في الرجوع على من شاء من العدل والمشتري

يحتاج الى مزيد احتياط، بخلاف البيع؛ لأنه بمعرض حصول الضرر، وحاله ليس كحال الحفظ، فلا يكتفى في جوازه بالسبب الضعيف، بل لا بد من رعاية الاحتياط بتجدد الاذن، وهو الأصح.

قوله: (لو عينا له ثمناً لم يجز له التعدي).

هذا في جانب النقيصة، أما الزيادة فسيأتي في الوكالة: أنه يجوز البيع بزيادة عما قال الموكل، لكن هذا حيث لا يمنع من الزيادة.

قوله: (فان تعدد فبالأغلب).

أي: فان تعدد النقد، كما لو صدر الأمر بالبيع بمائة درهم، والدراهم متعددة، وهذا صالح لما اذا عينا الثمن، وما اذا اختلفا فعيّن الحاكم، وإن كان قوله بعد: (وإن باينها عيّن له الحاكم) يشعر بعوده الى ما اذا عين له الحاكم اذ مع التعدد وكون تعيين القدر منها يرجع اليها في تعيين النقد.

والضمير المثنى في قوله: (وإن باينها) يعود الى النقدين، والأول يعود الى الحق.

قوله: (فان تلف تخيّر المرتهن في الرجوع على من شاء، من العدل والمشتري).

إن قيل: إن يد العدل يد أمانة، فكيف يضمن؟

قلنا: دفعه بالبيع الفاسد غير مأذون فيه، اذ لا يتناوله العقد الصحيح

مركز تحقيقات كامپيوتری علوم اسلامی

بالأقل من الدين والقيمة؛ لأنه يقبض قيمة الرهن مستوفياً لحقه لا رهناً، فإن فضل من القيمة عن الدين فللراهن الرجوع به على من شاء من العدل والمشتري.

ولو استوفى المرتهن من الراهن دينه رجع الراهن بالقيمة على من شاء، ومتى ضمن العدل رجع به على المشتري، ولا يرجع المشتري عليه لو ضمن.

ط: لو عيّنا له قدراً لم يجز بيعه بأقل، ولو اطلقا باع بثمن المثل، أو زيادة خاصة.

ولو باع بأقل مما لا يتغابن الناس به بطل البيع وضمن، ولو كان مما يتغابن به صح ولا ضمان.

مركز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

والتسليم به، فيكون مضموناً حينئذ.

قوله: (بالأقل من الدين والقيمة؛ لأنه يقبض قيمة الرهن مستوفياً لحقه لا رهناً).

لأن الفرض: أن البيع لوفاء دينه، وذلك لا يكون غالباً إلا بعد الحلول، والجار متعلق بالرجوع.

قوله: (ومتى ضُمّن العدل رجع به على المشتري، ولا يرجع المشتري عليه لو ضُمّن).

يجب أن يقرأ (ضمن) في الموضعين مشدداً مبنياً للمجهول، والفرق: أن تلف المبيع لما كان بيد المشتري كان قرار الضمان عليه.

قوله: (ولو باع باقل مما لا يتغابن الناس به بطل البيع وضمن).

أي: مما لا يتسامح الناس به في غبن بعض بعضاً، كنقصان عشرين في المائة. والمرجع في ذلك العرف، فيضمن العين لو ذهبت للتعدي.

ي: لو تلف الثمن في يده من غير تفريط فلا ضمان، والأقرب انه من ضمان الراهن؛ لأنه وكيله. ويحتمل المرتهن؛ لأن البيع لأجله. ويقبل قوله مع اليمين لو ادعى التلف، ولو ادعى قبضه من المشتري وخالفاه احتمل المساواة؛ لأنه أمين فيبرأ بيمينه دون المشتري، وتقديم قولها؛ لأنهما منكران.

قوله: (والاقرب أنه من ضمان الراهن؛ لأنه وكيله).

قد تقرر أنه وكيل الراهن في التصرف خاصة، اذ ليس للمرتهن إلا حق الوثيقة كما سبق، فيكون قبضه له، فاذا تلف بغير تفريط كان من مال الراهن، إذ لا ضمان على الأمين اذا لم يُفرط، وهذا هو الأصح.

قوله: (ويحتمل المرتهن؛ لأن البيع لأجله).

أي: ويحتمل كونه من ضمان المرتهن؛ لأن البيع لما كان لأجله كان وكيلاً له في قبض الثمن. وليس بشيء، إذ لا يلزم من كونه وكيلاً له في حفظ الرهن من جهة استحقاق الاستيثاق أن يكون له وكيلاً في قبض الثمن، وهو ظاهر.

قوله: (ويقبل قوله مع اليمين لو ادعى التلف).

حيث لا بينة، ولم يصدقه المالك لأنه أمين، فيقبل قوله باليمين، بناء على ظاهر حال المسلم من أداء الأمانة، ولأنه لولا ذلك لأدى الحال الى تنفر الناس من قبول الوكالة، فيلزم ضيق الأحوال على الناس.

قوله: (ولو ادعى قبضه من المشتري، وخالفاه احتمل المساواة؛ لأنه أمين فيبرأ بيمينه دون المشتري، وتقديم قولها؛ لأنهما منكران).

أي: لو ادعى العدل قبض الثمن من المشتري، وتلفه بغير تفريط، وإن لم يذكر في العبارة، لأن ما قيل يدل على ارادته.

(وخالفاه) أي: الراهن والمرتهن، احتمل المساواة للمسألة السابقة، في قبول قوله بيمينه نظراً الى كونه أميناً، فلا يختلف الحال في دعوى التلف بين كون

. . . .

القبض معلوماً، أولا، واذا برئ العدل بيمينه ـ نظراً لما قلناه ـ لم يلزم براءة المشتري من الدعوى؛ لأن يمين العدل إنما هو لدفع الغرم عن نفسه بمقتضى اقراره بالقبض، لا لدفع الدعوى عن المشتري.

ولا يلزم من اقراره بالقبض تحققه؛ لإمكان كونه كاذباً، فتبقى الدعوى على المشتري بحالها، ولأن يمين شخص عن الدعوى المتعلقة به لا يسقط الدعوى عن غيره. ويحتمل تقديم قولها ـ أي الراهن والمرتهن ـ لأنها منكران. وفي هذا الاحتمال مناقشة؛ لأن تقديم قولها إن كان بالنسبة الى تضمين العدل فليس بظاهر؛ لأن العدل أمين، وقوله في التلف مصدق. وأما إقراره بالقبض، فان كان مصدقاً فلا بحث في تصديقه في التلف بيمينه، وإن لم يكن مصدقاً فلا حاجة الى يمينه للتلف، واليمين منحصر في جانبها مع عدم البينة، فيكون الغرم على المشتري. هذا بالنسبة الى العدل.

وأما بالنسبة الى المشتري، فقد ذكر أنه على تقدير تصديق العدل في ذلك بيمينه لا يبرأ بذلك ولا يصدق باليمين، فالحال بالنسبة اليه منحصر في عدم قبول قوله بيمينه، وإنما المصدق باليمين قولها، فلا معنى لهذا الاحتمال.

ويحتمل أن يكون الاحتمال الأول منزلاً على أن تصديق العدل في دعوى القبض والتلف بيمينه موجباً لبراءته وبراءة المشتري، لاستلزامه ذلك. بخلاف المشتري لو ادعى ذلك، فانه لا يصدق باليمين. إلا أن هذا مستبعد من وجهين:

الأول: بعده عن العبارة، فانه لا يتبادر منها الى الفهم، والمتبادر خلافه، وفهمه منها يحتاج الى تقدير حذف كثير.

الثاني: ان الحكم بحسب الواقع لا يطابق ذلك؛ لأن اقرار العدل بالقبض لا يوجب القطع بوقوعه، لتندفع الدعوى عن المشتري.

وربما حصلت التهمة عند الراهن والمرتهن في صدق العدل والمشتري في وقوع القبض، فلا تسقط الدعوى عنه. وأيضاً فان يمين العدل إنما هو لحصول التلف؛ لأن القبض يكفي فيه اقراره، فلا يحتاج الى يمين لأجله بالنسبة اليه،

يا: لو خرج الرهن مستحقا فالعهدة على الراهن لا العدل ان علم المشتري بوكالته فان علم بعد تلفه الثمن في يده رجع على الراهن.

لأنه بدون اقراره بالقبض لا يتوجه عليه طلب الثمن، ليدفعه عن نفسه بدعوى التلف واليمين عليه، فلا وجه حينئذ للتردد في قبول قوله في ذلك بيمينه، والإتيان بالحكم احتمالاً. وبالجملة فالعبارة لا تخلو من شيء.

قوله: (لو خرج الرهن مستحقاً فالعهدة على الراهن لا العدل إن علم المشتري بوكالته).

حال العقد؛ لأنه لم يبايعه إلا على أنه نائب عن الغير، فكان العقد في الحقيقة من الراهن، واقباض الثمن له، والعدل وسيط ليس له في الاقباض اعتبار، حيث أن يده للغير يد نيابة عنه.

ولا يرد: أن تضمينه فيما لو ظهر البيع فاسداً، وتلف المبيع في يد المشتري يقتضي التضمين هنا؛ لأنه هناك متعدٍ بالتسليم، اذ ليس مأذوناً فيه، وليس يده يد نيابة عن الغير، وهنا لا عدوان منه؛ لأن يده يد نيابة للغير، وتسلمه باذن المشتري لمالك المبيع، وإن كان المشتري إنما سلّم الثمن ظناً منه أن البيع صحيح؛ لأن هذا الظن لا يخل بكون التسليم بالاذن في الجملة، ولا بكون التسليم إنما هو للراهن في الحقيقة.

والوكيل وسيط، فهو بمنزلة الناقد لو نقد الثمن وسلمه الى البائع، والدلال سلّم اليه أيضاً بالإذن فلا يتوجه عليه ضمان.

قوله: (فان عُلم بعد تلف الثمن في يده، رجع على الراهن).

ينبغي أن يقرأ (علم) مبنياً للمجهول، لئلا يتوهم عود الضمير الى المشتري فيفسد المعنى؛ لأن العلم المؤثر من المشتري بكون العدل وكيلاً إنما هو حالة البيع - كما سيأتي - لا بعده. والمعنى: فان علم الاستحقاق بعد تلف الثمن في يد العدل فالرجوع على الراهن؛ لأن القبض له كما بيناه، لا على العدل.

ولو علم بعد دفع الثمن الى المرتهن رجع المشتري عليه لا على العدل، ولو رده بعيب رجع على الراهن خاصة لان العدل وكيل والمرتهن قبض بحق.

ولو لم يعلم المشتري بوكالة العدل حالة البيع فله الرجوع على العدل،

قوله: (ولو عُلم بعد دفع الثمن الى المرتهن رجع المشتري عليه لا العدل).

ينبغي أن يقرأ (علم) مبنيا للمجهول أيضاً لمثل ما سبق، وإنما استحق المشتري الرجوع على المرتهن؛ لأنه قبض ما لا يستحقه، لكونه باقياً على ملك المشتري، لفساد البيع.

مركز تحقيقات كامپيوتری علوم اسلامی

وأما عدم الرجوع على العدل فقد سبق تقريبه، وفي عبارة المصنف مسامحة، للعطف على الضمير المجرور بدون شرطه.

قوله: (ولو رده بعيب رجع على الراهن خاصة؛ لأن العدل وكيل، والمرتهن قبض بحق).

الفرق بين الرد بالعيب، وظهورُ الاستحقاق: أن الرد بالعيب يقتضي فسخ العقد الواقع من حينه على تقدير صحته، فلا ينافي وقوعه صحيحاً، ومتى وقع العقد صحيحا كان قبض المرتهن للثمن بحق؛ لكونه ملك الراهن، وتعلق حكم الاستيثاق به، بخلاف ظهور الاستحقاق، فان العقد المترتب عليه باطل، فلا يدخل الثمن في ملك الراهن، فلا يصح قبض المرتهن له.

قوله: (ولو لم يعلم المشتري بوكالة العدل حالة البيع فله الرجوع على العدل).

يمكن أن يكون هذا من أقسام مسألة العيب، كما يقتضيه باقي الكلام؛ لاختصاص باقيه بالعيب. ويمكن عوده الى الأولى، لأنه معادل لقوله: (إن علم المشتري) وهو المتبادر الى الفهم، لولا ما يقتضيه آخر الكلام.

ويرجع العدل على الراهن ان اعترف بالعيب او قامت به بينة ،

ولا يبعد عوده الى كل من المسألتين، فالى الأولى بقرينة المعادلة، والى الثانية بمقتضى باقي الكلام.

اذا تقرر هذا، فعدم علم المشتري بوكالة العدل يقتضي كون المعاوضة باعتقاده جارية بينهما، وأن الثمن المدفوع اليه مملوك له، فيكون مضموناً عليه بمقتضى ذلك الاعتقاد.

وكذا كل وكيل باع مال غيره ولم يعلم المشتري، ويجيء في شرائه لغيره مثل ذلك، لكن قول المصنف: (حالة البيع) يقتضي أنه لو لم يعلم حالة البيع، لكن علم حال الاقباض للثمن بكونه وكيلاً يستحق الرجوع عليه. وفيه نظر؛ لأن الاقباض له لم يكن لنفسه فيكون مضموناً، بل للموكل، وهو الراهن، فيكون اعتبار يده بالنسبة اليه ساقطاً، اذ يده في الحقيقة إنما هي للراهن.

وفي التذكرة اطلق العبارة ولم يقيد بحالة البيع، فانه قال: فان كان العدل قد أعلم المشتري أنه وكيل الراهن، فإن العهدة على الراهن[1]، وفي هذا الاطلاق أيضا شيء، وكأنه هنا بنى على ما هو الغالب، من أن الاقباض للثمن متصل بالعقد ـ خصوصا في البيع ـ بالوكالة، فالعلم بكونه وكيلاً في حال العقد والقبض واحد عرفاً.

قوله: (ويرجع العدل على الراهن إن اعترف بالعيب، أو قامت به بينة).

لا يخفى أن الضمير المستكن في (اعترف) للعدل لا للراهن، ليكون قوله: (فان انكر) معادلاً له. ويمتنع عود ضمير (أنكر)، الى غير العدل، كما سيأتي، وإن كان مع ذلك اعتراف الراهن، أو قيام البينة، أو حلف العدل اليمين المردودة شرطاً لرجوعه بحسب الواقع.

---

(١) التذكرة ٢: ٣٦.

فان انكر فالقول قول العدل مع يمينه فان نكل فحلف المشتري رجع على العدل ولا يرجع العدل على الراهن لاعترافه بالظلم.

يب: لو تلف العبد في يد المشتري، ثم بان مستحقاً قبل أداء الثمن رجع المالك على من شاء من الغاصب، والعدل، والمرتهن القابض، والمشتري،

قوله: (فان أنكر فالقول قول العدل مع يمينه).

أي: فان أنكر العدل العيب الذي ادعاه المشتري، والحال أنه لم يعلم بوكالته، ولم يقم به بينة فالقول قوله بيمينه كما هو ظاهر. ولا يجوز عود الضمير الى الراهن؛ لأنه لا معنى لكون القول قول العدل بيمينه حينئذ، وليس صحيحاً.

قوله: (فان نكل، فحلف المشتري رجع على العدل).

أي: فان نكل العدل عن اليمين، وقد انكر العيب، فحلف المشتري بالرد رجع على العدل، وهو ظاهر.

قوله: (ولا يرجع العدل على الراهن؛ لاعترافه بالظلم).

لأنه أنكر العيب، وذلك يقتضي بطلان دعوى المشتري، وكونه ظالماً، فلا تسوغ له المطالبة بما أقر بكون المطالبة به ظلماً، ومن ثم لا تسمع دعواه ولا بينته.

ولو أظهر تأويلاً، كأن قال: إن إنكار العيب كان جرياً على الظاهر من أن الأصل الصحة لم يبعد استحقاق المطالبة على تقدير الإثبات، وقد سبق مثله في بيع المغصوب في أول كتاب التجارة.

قوله: (لو تلف العبد في يد المشتري، ثم بان مستحقاً قبل أداء الثمن رجع المالك على من شاء من الغاصب، والعدل، والمرتهن القابض، والمشتري).

لا خصوصية للعبد في فرض المسألة فيه، وإنما ذلك على طريق التمثيل. وإنما اعتبر في المرتهن كونه قابضاً؛ لأنه اذا لم يقبض لم يكن له يد على المغصوب.

ويستقر الضمان على المشتري للتلف في يده، ولو لم يعلم بالغصب استقر الضمان على الغاصب.

يج: لو ادعى العدل دفع الثمن الى المرتهن قُبل قوله في حق الراهن؛ لأنه وكيله على اشكال،

وليس من لوازم الرهن قبضه، إما بناء على كون القبض ليس شرطاً فظاهر، وإما على الآخر فلإمكان التوكيل فيه.

قوله: (ويستقر الضمان على المشتري؛ للتلف في يده).

هذا اذا كان المشتري عالماً بالغصب؛ لمساواته للغاصب في العلم بالعدوان، وانفراده بالتلف في يده الموجب لانحصار الغرم في جانبه. ويعلم هذا القيد من قوله بعد: (ولو لم يعلم...).

قوله: (ولو لم يعلم بالغصب استقر الضمان على الغاصب).

هذا اذا لم يكن العدل، والمرتهن القابض عالمين بالغصب أيضاً؛ لأن المشتري مغرور حينئذ، فإن علموا جميعاً كان له الرجوع على من غره منهم، وعليه يستقر الضمان على الظاهر؛ لاستوائهم في يد العدوان، والعلم بالحال، وانفراده بالتغرير. ولو اشتركوا فيه كان له الرجوع على من شاء، ولا يرجع على غيره لما قلناه. ومنه ما لو باعه واحد وسلمه آخر على الظاهر.

قوله: (لو ادعى العدل دفع الثمن الى المرتهن قبل قوله في حق الراهن؛ لأنه وكيله على اشكال).

قال الشارح: إن الاشكال هنا في مسألتين: احداهما: أن الوكيل في الدفع اذا دفع من غير اشهاد، هل يكون ضامناً، أم لا؟[1] وفي دلالة العبارة على ما ذكره نظر.

نعم يستفاد من كلام المصنف الآتي ثبوت اشكال في المسألة، وإن لم تفده هذه العبارة، على أنه لا دخل لذلك في أن القول قوله أو قول الراهن؛ لأن

---

(١) ايضاح الفوائد ٢: ٣٤.

ولا يقبل قوله في حق المرتهن؛ لأنه وكيله في الحفظ خاصة فلا يقبل قوله في غيره، كما لو وكّل رجلاً في قضاء دين فادعى تسليمه الى صاحب الدين.

هذا هل يعد تفريطاً أم لا؟ سواء كان القول قوله أم قول الراهن.

نعم قد يتصور له اعتبار، وهو أنه على تقدير عده تفريطاً لا تكون دعواه الأداء تامة، إلا اذا قال: واشهدت في وقت الأداء؛ لأنه ما دام لا يقول ذلك لم يدع دعوى على تقدير صحتها تكون مسقطة للمطالبة والرجوع، فلا تكون مسموعة ولا يترتب عليه جواب.

ويكفي قوله: واشهدت، وما ادى معناه كأديت على الوجه الشرعي، ومع هذا فلا ربط للعبارة بهذا، ولا اشعارها به بوجه من الوجوه.

ومنشأ الاشكال: من حيث أنه أمين، فظاهر حاله أداء الأمانة، ولأنه لولا ذلك لادى الى عدم قبول الوكالة، فيفضي الى الضرر، ومن أن الأصل العدم.

وسيأتي في الوكالة ان شاء الله، أن الوكيل اذا ادعى الرد كان القول قوله بيمينه، اذا لم تكن الوكالة بجُعْل، فعلى هذا تكون الفتوى هنا كذلك، ومتى لم يشهد، وقلنا بان ذلك تفريط كان موجباً لضمانه.

قوله: (ولا يقبل في حق المرتهن؛ لأنه وكيله في الحفظ خاصة، فلا يقبل في غيره).

هذا اقوى؛ لانتفاء الوكالة في الأداء من طرفه.

قوله: (كما لو وكل رجلاً في قضاء دين، فادعى تسليمه الى صاحب الدين).

فان القول قول صاحب الدين بيمينه قطعاً، وحال المرتهن لا ينقص عن ذلك.

ويحتمل قبول قوله على المرتهن في إسقاط الضمان عن نفسه لا عن غيره، فعلى هذا إن حلف العدل سقط الضمان عنه، ولم يثبت على المرتهن انه قبضه. وعلى الأول يحلف المرتهن فيرجع على من شاء، فإن رجع على العدل لم يرجع العدل على الراهن؛ لاعترافه بالظلم، وإن رجع على الراهن لم يرجع على العدل إن كان دفعه بحضرته، أو ببينة ماتت، أو غابت لعدم التفريط في القضاء،

قوله: (ويحتمل قبول قوله على المرتهن في اسقاط الضمان عن نفسه لا عن غيره).

لأنه أمين فيقبل قوله في اسقاط الضمان عن نفسه. ولا دلالة فيه؛ لأن مقتضاه قبول قوله في حق من هو أمين عنه، وليس أميناً عن المرتهن فيما عدا حفظ الوثيقة، لا في الأداء ولا في القبض، فلا وجه لقبول قوله في حق المرتهن.

قوله: (فعلى هذا إن حلف العدل سقط الضمان عنه، ولم يثبت على المرتهن أنه قبضه).

أي: فعلى الاحتمال الثاني ينتفي الضمان عنه بالنسبة الى الراهن والمرتهن معاً؛ لقبول قوله في حقهما، ولا يثبت على المرتهن أنه قبضه؛ لأن اليمين لشيء لا يقتضي ثبوت شيء آخر، والأصل بقاء حقه فيرجع على الراهن، وللراهن إحلاف المرتهن حينئذ على عدم القبض.

قوله: (وعلى الأول يحلف المرتهن فيرجع على من شاء).

من العدل والراهن، لأصالة عدم الأداء بالنسبة اليه، وله حق متعلق بعين ثمن الرهن فلا يسقط. ولابد في هذه اليمين من طلب العدل أو الراهن؛ لأن الدعوى لهما، لكن لو أحلفه أحدهما، هل يغني عن يمين الآخر؟ فيه تردد، ينشأ: من أن الدعوى واحدة، ومن أن لكل منها حقاً. والظاهر أنه لو أحلفه أحدهما قبل انشاء الدعوى من الآخر بقي حق الآخر، فله الدعوى والإحلاف.

قوله: (وإن رجع على الراهن لم يرجع على العدل إن كان دفع بحضرته، أو ببينة، ماتت أو غابت، لعدم التفريط في القضاء).

وإلّا رجع على اشكال منشؤه التفريط، وكونه أميناً له اليمين عليه إن كذّبه.

يد: لو غصبه المرتهن من العدل، ثم أعاده اليه زال الضمان عنه.

أما مع الدفع بالبينة؛ فلأنه قد حافظ على طريق الاحتياط، وأما مع الدفع بحضرة الراهن، فان التقصير بترك الاشهاد حينئذ مستند الى الراهن، لعلمه بالحال، وسكوته عليه، فلا يعد العدل مفرطاً حينئذ. وانما فرض البينة غائبة أو ميتة ليتم له انكار المرتهن، وعدم امكان اثباته عليه.

قوله: (وإلا رجع على اشكال، منشؤه التفريط).

وإن انتفى الأمران: اشهاد ببينة ماتت، أو غابت، ودفعه بحضرة الراهن، رجع الراهن على العدل على اشكال، ينشأ: من ان التردد في كونه مفرطاً بترك الاشهاد، وعدمه.

وربما بني الاشكال على كونه وكيلاً في ابراء ذمته في نفس الأمر فقط، أو في الإبراء باطناً وظاهراً، وفي استعلام ذلك من التوكيل تأمل.

وليس ببعيد أن يقال: إن الوكيل يجب عليه رعاية الغبطة والمصلحة، بالنسبة الى الموكل، والأخذ بما يكون سليماً عن التضييع، ولهذا لا يجوز له البيع نسيئة، ولا التسليم قبل التسلم.

ولا ريب أن الدفع بغير اشهاد معرض للانكار، وموت القابض، وعدم علم الوارث بالقبض، فعد ذلك تفريطاً موجباً للضمان لا يخلو من قوة.

واعلم أن قوله: (وكونه أميناً له اليمين عليه إن كذّبه)، ظاهر العبارة أنه من جملة منشأ الإشكال، فيكون وجه الشق الآخر، وهو عدم استحقاق الرجوع. ولا يكاد يستقيم، لأن كونه أميناً ـ وكون الأمين إنما عليه اليمين اذا كذّبه مستأمنه في الأداء ـ إنما يكون مع عدم تقصيره وتفريطه، فاذا قصرّ وفرّط يضمن، وإن حصل القطع بصحة قوله فلا يثبت به المدعى.

قوله: (لو غصبه المرتهن من العدل ثم اعاده اليه زال الضمان).

لأن الغاصب يبرأ بالتسليم الى المالك، أو الى وكيله في القبض، والعدل

مركز تحقيقات كامپيوتري علوم اسلامي

الفصل السادس: في اللواحق:

لو مات المرتهن ولم يعلم الرهن كان كسبيل ماله، ويجوز للمرتهن وكيل فيه فيبرأ بالتسليم اليه، ويخرج عن الغصب والضمان به.

قوله: (لو مات المرتهن ولم يعلم الرهن كان كسبيل ماله).

المراد من العبارة: أنه اذا كان الرهن في جملة تركة المرتهن بحسب الواقع، ومات المرتهن، ولم يكن ذلك معلوماً، فما تركه من الاعيان بحسب الظاهر ماله، وإن كان في نفس الأمر بعضها مال الراهن؛ لأن المكلف به هو العمل بالظاهر.

وقول المصنف: (كان كسبيل ماله) حاول به افادة هذا المعنى؛ لأنه ليس مالاً له في الواقع، وإنما هو ماله ظاهراً، هذا هو المراد من العبارة، وإن كانت دلالتها عليه لا تخلو من خفاء؛ لأنه ربما أوهمت أن الرهن اذا لم تعلم عينه في التركة، ولكن علم حصوله في الجملة يكون كسبيل ماله، والمتصور هنا ثلاث صور:

أ: ما ذكرناه أولاً.

ب: أن يعلم رهن في التركة، ولا تعلم عينه، فلا طريق إلا الصلح إن لم يعلم القدر والقيمة.

ج: أن يعلم في يد الميت قبل موته رهن، ولم يوجد في التركة، واحتمل الحال تلفه بغير تفريط وبقاؤه عنده. وإن لم تعلم عينه، أو تصرفه فيه على وجه يكون مضموناً فيعارض أصلان: أصل البراءة، وأصل بقاء ملك الراهن وعدم طروء مايقتضي خروجه عنه.

وعند التحقيق: أصل بقاء الملك لا يعارض أصل البراءة، لأن أصالة بقاء الملك لا تقتضي شغل ذمة المرتهن به، وسيأتي نظير هذه المسألة في القراض ان شاء الله تعالى.

اذا تقرر هذا، فالذي يمكن حمل عبارة الكتاب عليه، هو المسألة الأولى، لامتناع انطباقها على واحدة من الأُخريين.

ابتياع الرهن، فإن كان وكيلاً فالأقرب جواز بيعه من نفسه بثمن المثل، وحق المرتهن أقدم من حق الحي والميت، فإن قصر الثمن ضرب بفاضل دينه مع الغرماء، والرهن أمانة في يده لا يضمن إلا بالتفريط، ولا يسقط من دينه شيء.

فإن تصرّف بركوب، أو سكنى، أو لبن وشبهه فعليه الأُجرة والمثل، ويقاص في المؤونة،

قوله: (فان كان وكيلاً فالأقرب جواز بيعه من نفسه بثمن المثل).

وجه القرب: أن الغرض -وهو البيع بالثمن المطلوب- حاصل، وخصوص المشتري غير منظور اليه. ويحتمل العدم؛ لأن ظاهر الوكالة لا يتناوله، والأصح أنه إنما يجوز بالاذن، أو وجود قرينة تدل عليه.

قوله: (وحق المرتهن أقدم من حق الحي والميت).

أي: استحقاق المرتهن بالرهن في الاستيفاء من قيمته مقدم على استحقاق باقي الغرماء، من جهة الحي وإن حجر عليه والميت.

قوله: (ولا يسقط من دينه شيء).

أي: لو تلف بغير تعد، ولاتفريط.

قوله: (فان تصرف بركوب، أو سكنى، أو لبن وشبهه فعليه الاجرة والمثل).

الاجرة في مثل الركوب، والمثل في مثل أخذ اللبن، فاللف والنشر مرتب.

قوله: (ويقاص في المؤونة).

أي: اذا انفق المرتهن على الرهن ما يحتاج اليه من المؤن، وتصرف في منافعه يقاص الراهن في ذلك. وإنما يقع التقاص اذا أنفق باذن المالك، ومع تعذره فباذن الحاكم، ومع التعذر فلا بد من الاشهاد، ليثبت له استحقاق الرجوع. وإنما يجوز له استيفاء المنافع اذا اذن المالك، أو من يقوم مقامه.

فإن تلف ضمن قيمته إن لم يكن مثليا قيل: يوم قبضه، وقيل: يوم هلاكه، وقيل: الأرفع.

ولو علم جحود الوارث استقل بالاستيفاء. ولو اعترف بالرهن لم يصدق في الدين إلا بالبينة، وله احلاف الوارث على عدم العلم.

ويجب على المرتهن بالوطء العشر أو نصفه، ولو طاوعت فلا شيء.

قوله : (فإن تلف ضمن قيمته إن لم يكن مثلياً، قيل: يوم قبضه، وقيل: يوم هلاكه، وقيل: الأرفع).

هذه الأقوال الثلاثة في هذه المسألة وفي نظائرها، والأصح هو القول الثاني. ويجب أن تعتبر قيمته وقت التلف. ومتى تعذر المثل في المثلي انتقل الى القيمة فتعتبر قيمته حين المطالبة على الظاهر.

قوله : (ولو علم جحود الوارث استقل بالاستيفاء).

المراد بالعلم: هو الظن الغالب، والظاهر أنه غير شرط، بل يكفي خوف جحوده دفعاً للضرر المخوف، كما صرح في الدروس، قال: ومن عنده رهن، وخاف جحود الوارث أو وارثه فله المقاصة[1].

قوله : (ويجب على المرتهن بالوطء العشر، أو نصفه).

العشر في البكر، ونصفه في الثيب.

قوله : (ولو طاوعت فلا شيء).

لقوله عليه السلام: «لا مهر لبغي»[2] لكن لو كانت بكراً وجب أرش البكارة، لأنها جناية على مال الغير.

---

(١) الدروس: ٤٠٥.

(٢) صحيح البخاري ٧: ٧٩، سنن الترمذي ٢: ٣٠٠ حديث ١١٤٣، وفيها: «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب ومهر البغي...»

ولو شرط كون الرهن مبيعاً عند تعذر الأداء بعد الحلول بطلا، فإن تلف قبل مدة الحلول لم يضمن، ولو تلف بعدها ضمن.

وفوائد الرهن للراهن، ولا تدخل فيه إن كانت موجودة. والأقرب عدم دخول المتجددة إلا مع الشرط، أو كانت متصلة.

ولو أدى ما يخص أحد الرهنين لم يجز إمساكه بالآخر، ولا بالخالي، ويقدّم قول الدافع.

قوله: (ولو شرط كون الرهن مبيعاً عند تعذر الأداء، بعد الحلول بطلا. فإن تلف قبل مدة الحلول لم يضمن، ولو تلف بعدها ضمن).

أما بطلانها: فلأن البيع مشروط بمضي زمان، وأما الرهن فلأنه مؤقت، وأما الضمان بالتلف بعد الحلول لا قبله، فللفرق بأنه بعد الحلول مبيع فاسد، فيكون مضموناً؛ لأن كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، ولأن الصحيح اذا أوجب الضمان فالفاسد أولى، ولأنهما تراضيا على ذلك لتراضيهما على البيع الصحيح، ولعموم: «على اليد ما اخذت»[1]، وقبله رهن فاسد، وكل عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، لان التسليم إنما وقع على اعتقاد صحة العقد، فلم يقصد المسلّم ضمانا، بل سلم على قصد العدم، ولم يلتزم المتسلم ضماناً، فانتفى المقتضي له.

قوله: (والأقرب عدم دخول المتجددة، إلا مع الشرط، أو كانت متصلة).

وجه القرب: عدم دلالة اللفظ على دخولها بشيء من الدلالات، والأصل العدم، والأكثر على دخولها، والأصح الأول. ولو شرط دخولها، أو عدمه فلا اشكال في ثبوت الشرط.

قوله: (ويقدّم قول الدافع).

أي: في أن المدفوع عن أي الدينين؛ لأن المعتبر نيته، وهو أعرف بها.

---

(١) سنن ابن ماجة ٢: ٨٠٢ حديث ٢٤٠٠، المستدرك للحاكم ٢: ٤٧.

ولا تدخل الثمرة غير المؤبرة في رهن النخلة ، ولا الشجر في رهن الأرض وإن قال: بحقوقها ، إلا مع الشرط. وكذا ما ينبت بعد رهنها ، سواء أنبته الله تعالى ، أو الراهن ، أو أجنبي ، إلا أن يكون الغرس من الشجر المرهون.

وفي دخول الأُس تحت الجدار، والمغرس تحت الشجرة، واللبن في الضرع ، والصوف المستجز على ظهر الحيوان ، واغصان الشجر نظر.

قوله : (ولا تدخل الثمرة غير المؤبرة في رهن النخلة) .

لأنها غير داخلة في مسماها ، ودخولها في المبيع قبل التأبير للنص[1] ، على خلاف الأصل.

قوله : (ولا الشجر في رهن الأرض ، وإن قال بحقوقها ، إلا مع الشرط) .

لأنه ليس من حقوق الأرض ، ومع الشرط فلا اشكال في الدخول. ولو قال: وما اشتملت عليه، لم يبعد الدخول كالبيع.

قوله : (وكذا ما نبت بعد رهنها ...) .

لعدم دخوله فيها ، فلا يعد ذلك نماء الأرض ،ليجيء فيه خلاف النماء المتجدد وإن نبت فيها. ولو كان الغرس من الشجر المرهون فهو رهن.

قوله : (وفي دخول الأُس تحت الجدار، والمغرس تحت الشجر، واللبن في الضرع ، والصوف المستجز على ظهر الحيوان ، واغصان الشجر نظر) .

في بعض حواشي شيخنا الشهيد: أن للأُس تعبيرين ، أحدهما: ما هو مستور من الحائط ، والثاني: أنه موضع الأساس. والذي في القاموس[2] ،

---

(١) الكافي ٥ : ٢٩٧ حديث ٣، التهذيب ٧: ٩٠ حديث ٣٨٢.

(٢) القاموس المحيط (أ س) ٢: ١٩٧.

والأقرب جواز اجبار الراهن على الازالة.

ولو رهن ما يمتزج بغيره، كلقطة من الباذنجان صح إن كان الحق

والصحاح[1] هو الأول.

ووجه الدخول على الأول: أنه جزء الحائط، فهو مدلول عليه تضمناً، ووجه العدم: أن الإشارة الحسية إنما تتعلق بما ظهر.

وعلى الثاني: فوجه الدخول كونه تابعاً، اذ لا بد منه للجدار. ووجه العدم انتفاء دخوله في مسمى اللفظ، والأصح على الأول الاول، وعلى الثاني الثاني.

وتردد المصنف في المغرس يشعر بأن المراد بالأس موضع الأساس، إذ يبعد تردده في دخول بعض الجدار، ولأن الموضع شبيه بالمغرس.

وأما اللبن في الضرع، فمنشأ النظر فيه: التردد في أنه جزء، نظراً الى أنه من جملة رطوبات البدن، وأن العادة قاضية باخذه، وكونه منظوراً اليه بخصوصه، فلا يكون داخلاً في مسمى اللفظ عرفاً.

ومثل هذا يأتي فيا لو باع شاة في ضرعها لبن، وقريب منه الصوف المستجز، وهو الذي بلغ مبلغاً يجز عند بلوغه عرفاً، إلا أن الظاهر دخول الصوف، لكونه جزءاً حقيقة، وإنما يخرج عن الجزئيةُ بعد الانفصال، ومثله أغصان الشجر.

ولا يخفى أن المراد به: ماكان من الأغصان يابساً، وماجرت العادة بقطعه، من سعف النخل وغيره، ودخول هذين قوي.

قوله: (والأقرب جواز اجبار الراهن على الإزالة).

هذا فيا لا يدخل في الرهن من المتجدد وغيره، ووجه القرب: أن ابقاءه تصرف في الرهن، وكل من الراهن والمرتهن ممنوع من التصرف، ولأنه لا ينفك من الاضرار بالرهن غالبا. ويحتمل ضعيفاً العدم للأصل، والأصح الأول.

قوله: (ولو رهن ما يمزج بغيره، كلقطة من الباذنجان صح إن كان

---

(١) الصحاح (أس) ٣: ٩٠٣.

يحل قبل تجدد الثانية، أو بعدها وإن لم يتميز على رأي.

ويقدم حق المجني عليه وإن تأخر على حق المرتهن، فيقتص في العمد، أو يسترق الجميع، أو مساوي حقه فالباقي رهن وفي الخطأ إن فكه مولاه فالرهن بحاله، وإن سلّمه فللمجني عليه استرقاقه، وبيعه، أو بيع مساوي حقه فالباقي رهن.

الحق يحل قبل تجدد الثانية، أو بعدها وإن لم يتميز على رأي).

أما اذا كان الحق يحل قبل تجدد الثانية، أو بعده مع التميز فلا بحث في الجواز، اذ لا مانع. وأما مع عدم التميز، وكون الحلول متأخرا فان في الصحة قولين: أحدهما: العدم، وهو اختيار الشيخ[1]، لتعذر الاستيفاء. وليس بشيء؛ لأن المانع منتف في وقت انشاء الرهن، وتجدده لا يقتضي منع الصحة من الأصل. على أن حصوله غير مقطوع به؛ لامكان التخلف. مع أن عدم التميز لا يقتضي تعذر الاستيفاء، لتحقق ثبوت الحق، وإن كان الطريق الى تعيينه هو الصلح، والأصح الصحة.

قوله: (ويقدم حق المجني عليه وإن تأخر على حق المرتهن).

الجار الثاني يتعلق بـ(يقدم).

قوله: (فيقتص في العمد، أو يسترق الجميع، أو مساوي حقه ...).

وإن كانت الجناية قتلاً أو جرحاً وطلب الدية، وأحاطت بقيمته فله استرقاقه، وإلا استرق منه مساوي الجناية، وحينئذ فيكون الباقي منه بعد موجب الجناية رهناً.

وهذا كله اذا لم يأمره السيد بالجناية، فان أمره ولم يكن مميزاً، أو كان ولكن كان اعجمياً، يعتقد وجوب طاعة السيد في جميع أوامره، فالجاني هو السيد، وعليه القصاص أو الضمان، صرح به في التذكرة[2].

---

(١) المبسوط ٢: ٢٤٢.

(٢) التذكرة ٢: ٣٩.

ولو جرح مولاه عمداً اقتص، ولا يخرج عن الرهن، وإن قتله فللورثة قتله، والعفو فيبقى رهناً. ولو جرح خطأ لم يثبت لمولاه عليه شيء، فيبقى الرهن بحاله. ولو جنى على مورث المالك فللمالك القصاص، أو الافتكاك من الرهن فيه، وفي الخطأ مع الاستيعاب، والمقابل مع عدمه فالباقي رهن.

قوله: (ولو جنى على مورث المالك فللمالك القصاص، أو الافتكاك فيه من الرهن، وفي الخطأ مع الاستيعاب).

الضمير في قوله: (فيه) يعود الى العمد، أي: هذا الحكم المذكور في الجناية عمداً. ولو قدّم الجار والمجرور على القصاص، أو أخره عن الرهن لكان أولى، فالمالك مخيّر بين القصاص والافتكاك في العمد، وفي الخطأ الافتكاك اذ لا قصاص.

وهذا اذا استوعبت الجناية قيمته، وإنما كان للمالك الافتكاك من الرهن؛ لأن الجناية اذا استوعبت قيمته استرق بها، كما سبق.

والفرق بين الجناية على المولى، وعلى مورثه ـ وإن كان الحق للمولى في الموضعين ـ أن الجناية على المولى الواجب فيها للمولى ابتداء، ويمتنع أن يجب للمولى على عبده مال اذ هو مال له. وفي الجناية على مورثه، الحق فيها ابتداء للمجني عليه؛ لأن الوارث إنما تنتقل اليه الدية عن مورثه، لأنها محسوبة تركة توفى منها ديونه وتنفذ وصاياه.

ومعلوم أنه لا يمتنع ثبوت مال لمورث مولى العبد على العبد، فينتقل الى المولى عن مورثه، فيفك من الرهن.

قوله: (والمقابل مع عدمه، فالباقي رهن).

أي: وله افتكاك المقابل للجناية في العمد والخطأ، على المورث مع عدم الاستيعاب، فالباقي من العبد بعد مقابل الجناية رهن كما كان.

ولو جنى على عبد مولاه فكمولاه، إلا أن يكون رهناً من غير المرتهن فله قتله، ويبطل حق المرتهن والعفو على مال فيتعلق به حق المرتهن الآخر.

ولو عفا بغير مال فكعفو المحجور عليه،

قوله: (ولو جنى على عبد مولاه فلمولاه).

أي: فيقتص منه في العمد خاصة، لامتناع أن يجب للمولى على عبده مال.

قوله: (إلا أن يكون رهناً من غير المرتهن فله قتله، ويبطل حق المرتهن).

تفريع ثبوت قتله للمولى على المستثنى غير جيد؛ لأن هذا ثابت على كل حال، فان للمولى القصاص مع الرهن، وبدونه لمرتهن واحد وغيره.

قوله: (والعفو على مال، فيتعلق به حق المرتهن الآخر).

أي: وله العفو على مال على العبد، وكذا لو كانت الجناية خطأ، فان الدية تجب على العبد في رقبته؛ لأن السيد لو جنى على عبده المرهون وجب عليه أرش الجناية، لحق المرتهن، فان ثبت على عبده أولى، فيتعلق المال حينئذ برقبة العبد، لحق المرتهن الآخر، اعني: مرتهن المقتول.

قوله: (ولو عفا بغير مال فكعفو المحجور).

أي: المحجور بالفلس، كما صرح به في التذكرة[1]: فكل موضع فيه يصح العفو من المحجور، وهو حيث لا يكون المعفو ما لا يصح، ومالا فلا.

فان قلنا: إن الجناية عمداً موجبة لأحد الأمرين: من القصاص، والدية لم يكن للمولى إلا أحدهما، وليس له العفو مجاناً. وإن قلنا: توجب القصاص فقط تخير في كل من الامور الثلاثة.

وحيث قلنا: ليس له العفو مجاناً، فلا بد في صحته من وقوع العفو على

---

(١) التذكرة ٢: ٣٩.

ولو أوجبت أرشاً فللثانـي.

الدية.

قوله: (ولو أوجبت أرشاً فللثانـي).

أي: لو كانت الجناية خطأ، بحيث توجب الأرش فحق الرهانة فيه للمرتهن الثاني، حيث أن الجناية مضمونة لحقه، فيتعلق الأرش المذكور برقبة القاتل، ويتعلق به حقه.

فعلى هذا في الجناية خطأ، وفي العمد اذا عفا المولى على مال يجب أن ينظر، إن كان الواجب فيها أكثر من قيمة القاتل، أو بقدرها هل يباع؟ فيه وجهان:

أحدهما ـ وهو قول الشيخ رحمه‌الله ـ: نعم[١]، لأنه ربما رغب فيه راغب بزيادة يتوثق بها مرتهن القاتل.

والثاني: لا، بل ينقل الى يد مرتهن المجني عليه رهناً، وينفك من رهن مرتهنه؛ لأنه لا فائدة في بيعه. وقوى في التذكرة الأول، محتجاً بأن حق مرتهن المقتول بسبب الجناية في مالية العبد، لا في العين[٢]. وهو متجه، إذ لم يجر الرهن عليها، وإنما تعلق بها حق مرتهن المقتول بسبب الجناية.

وإن كان الواجب فيها أقل من قيمته، فعلى الوجه الثاني ينقل من القاتل بقدر الواجب الى مرتهن القتيل. وعلى الأول يباع منه قدر الواجب، ويبقى الباقي رهناً. فان تعذر بيع البعض، أو نقص بالتشقيص بيع الكل، وجعل الزائد على الواجب عند مرتهن القاتل.

قال في التذكرة: وهذان الوجهان إنما يظهران فيما اذا طلب الراهن النقل، وطلب مرتهن القتيل البيع، ففي وجه يجاب بهذا، وفي وجه يجاب ذاك. أما اذا طلب الراهن البيع، ومرتهن المقتول النقل يجاب الراهن؛ لأنه لا حقّ لصاحبه في عينه[٣].

---

(١) قاله في المبسوط ٢: ٢٢٩.

(٢) التذكرة ٢: ٣٩.

(٣) المصدر السابق.

ولو اتحد المرتهن وتغاير الدين فله بيعه، وجعل ثمنه رهناً بالدين الآخر،

ولقائل أن يقول: على الوجه الثاني يجاب مرتهن المقتول الى النقل، لأنه إن تم دليله، وهو: أن البيع لا فائدة فيه، فيفك من رهن الأول ويتعلق به حقه، تعينت اجابته.

وما علل به، من أنه لا حق له في عينه، هو دليل الوجه الأول، فإن تم اقتصى ترجيح الوجه الأول على الثاني؛ لأن الوجهين لا يظهران اذا طلب مرتهن القتيل النقل.

ولو اتفق الراهن والمرتهنان على أحد الفعلين تعيّن، ولو اتفق الراهن ومرتهن القتيل على النقل فعند بعض العامة: ليس لمرتهن القاتل المناقشة فيه، وطلب البيع[1]. ومقتضى دليل الوجه الأول أن له ذلك.

قوله: (ولو اتحد المرتهن وتغاير الدين فله بيعه، وجعل ثمنه رهناً بالدين الآخر).

أي: لو اتحد مرتهن العبد الجاني والمجني عليه، وكان كل منها مرهوناً بدين، فان اختلف الدينان بالحلول والتأجيل، واختار المالك العفو على الدية، وتعلقت برقبة الجاني، أو كانت خطأ على ما سبق فللراهن أن يتوثق لدين القتيل بالقاتل؛ لأنه إن كان الحالّ دين المقتول، فقد يريد استيفاءه من ثمنه في الحال، وإن كان الحالّ دين القاتل، فقد يريد الوثيقة للمؤجل، ويطالب الراهن بالحال في الحال. ومثله ما لو كانا مؤجلين، وأحد الأجلين أطول.

وإن اتفقا حلولاً وتأجيلاً، فاما أن يتفقا جنساً وقدراً، أو يختلفا.

فان اتفقا، واختلف العبدان في القيمة، وكانت قيمة المقتول أكثر لم تنقل الوثيقة؛ لانتفاء الفائدة، لأنه بعد النقل إنما يتعلق به دين القتيل، والفرض

---

(١) ذهب اليه الجويني، انظر: فتح العزيز مع المجموع ١٠: ١٥٦.

. . . .

عدم الاختلاف بينه وبين دين القاتل. وكذا لو تساويا في القيمة.

وإن كانت قيمة القاتل أكثر نقل منه قدر قيمة القتيل الى دين القتيل، وبقي الباقي رهناً بما كان.

وإن اختلف الدينان قدراً لا جنساً، فان تساوت قيمة العبدين، أو كان القتيل اكثر قيمة، فان كان المرهون بأكثر الدينين القتيل فله التوثق بالقاتل؛ لأن التوثق لأكثر الدينين في نفسه فائدة مطلوبة، بخلاف ما لو كان القتيل مرهوناً باقلها، فلا فائدة فى النقل حينئذ.

وإن كان القتيل أقل قيمة، وكان مرهوناً بأقل الدينين فلا فائدة في النقل ايضا. وإن كان مرهوناً بالأكثر نقل من القاتل قدر قيمة القتيل الى الدين الآخر، ويبق الباقي رهناً بما كان.

وإن اختلف الدينان في الجنس فهو كالاختلاف في القدر، أو في الحلول والتأجيل.

وإن اختلفا في الاستقرار وعدمه، كما لو كان أحدهما عوض ما يتوقع رده بعيب أو صداق قبل الدخول: فان كان القاتل مرهوناً بالمستقر فلا فائدة في النقل، وإن كان مرهوناً بالآخر فالاصح ثبوته، وهو مختاره في التذكرة[1].

اذا عرفت هذا، فحيث قلنا بنقل التوثيق فيباع ويقام ثمنه مقام القتيل، أو يقام عينه مقام القتيل؟ فيه الوجهان السابقان، كذا ذكر في التذكرة[2]، وجزم هنا بأن له البيع، وجعل الثمن رهناً.

ويمكن توجيه: بأن تعلق الأرش برقبة الجاني يوجب تسلط مستحق الأرش على الجاني بالبيع، والمرتهن مستحق الاستيثاق بالأرش، فإن تعلقه برقبة الجاني هنا إنما كان لحقه، لامتناعه لولا ذلك، فله حينئذ تحصيل الأرش ببيعه فيكون؛ خصوصاً اذا أمكن تصور فائدة أخرى بالنسبة الى الدين الآخر بأن يطلبه

---

(١) التذكرة ٢: ٤٠.

(٢) المصدر السابق.

وفي الخطأ مع الاستيعاب، والمقابل مع عدمه فالباقي رهن.

ويتعلق الرهن بالقيمة لو اتلفه المرتهن أو اجنبي، ولا تتعلق بها الوكالة.

طالب بزيادة.

ولو اتفقا على البيع فلا بحث، ولو تساوى الدينان في الأوصاف، وحكم بعدم النقل، فقال المرتهن: إني لا آمنه وقد جنى فبيعوه وضعوا ثمنه مكانه فالأقرب اجابته دفعاً لاحتمال الضرر عنه.

ولا يخفى بعد هذا البيان ما في عبارة الكتاب من القصور عن تأدية أحكام المسألة. ثم اطلاق البيع في العبارة بمجرد العبارة لا يستقيم، كما هو معلوم بأدنى تأمل.

مركز تحقيقات كامپيوتري علوم اسلامي

قوله: (وفي الخطأ مع الاستيعاب).

أي: الحكم فيه كالحكم في العمد اذا عفا المولى على الدية، وتأتي جميع الأحكام السالفة. ويمكن أن يكون (مع الاستيعاب) قيداً في العمد والخطأ، لا في الخطأ وحده، وهو الأوجه؛ لأن جناية العمد قد لا تستوعب، كما هو ظاهر.

وفي بعض النسخ هذه الزيادة متروكة، على ما ذكره شيخنا الشهيد في بعض حواشيه.

قوله: (والمقابل مع عدمه، فالباقي رهن).

أي: وللمرتهن بيع مقابل الجناية مع عدم الاستيعاب.

قوله: (ويتعلق الرهن بالقيمة لو أتلفه المرتهن أو أجنبي).

وكذا لو أتلفه الراهن، وإنما تعلق بالقيمة ـ وإن كان العقد إنما جرى على العين ـ لأن الرهن معناه: الاستيثاق بالعين لمستوفي الدين من قيمته.

قوله: (ولا تتعلق بها الوكالة).

لأن الوكالة إنما تعلقت بالعين، ولم يدل دليل على تعلقها بالقيمة.

ولو صارت البيضة فرخاً، أو الحب زرعاً فالرهن بحاله، واذا لزم الرهن استحق المرتهن ادامة اليد، وعلى الراهن مؤونة المرهون، وأُجرة الاصطبل، وعلف الدابة، وسقي الأشجار، ومؤنة الجداد من خالص ماله.

قوله: (ولو صارت البيضة فرخاً، أو الحب زرعاً فالرهن بحاله).

لأن العين لا تذهب بتغير الأوصاف، والحق متعلق بها.

قوله: (واذا لزم الرهن، استحق المرتهن إدامة اليد).

ظاهر هذه العبارة مشكل؛ لأنه قد سبق تردد المصنف في أن للمرتهن مطالبة الراهن بالقبض، فكيف يستحق إدامة اليد؟

ويمكن أن يقال: يراد باستحقاقه إدامة اليد: أصل الاستحقاق وإن كان غير تام، فان الحق في ذلك لكل من الراهن والمرتهن، ولهذا لا يجوز لأحدهما الاستقلال باثبات اليد عليه.

وفي التذكرة: ما لا منفعة فيه مع بقاء عينه كالنقود، والحبوب فلا تزال يد المرتهن عنه بعد استحقاقه لليد؛ لأن اليد هي الركن الأعظم في التوثيق فيه. وما له منفعة، إن أمكن تحصيل الغرض منه، مع بقائه في يد المرتهن وجب المصير اليه، جمعاً بين الحقين، وإن لم يمكن، واشتدت الحاجة الى إزالة يده، جاز. فالعبد المحترف اذا تيسر استكسابه في يد المرتهن لم يخرج من يده[١].

قوله: (وعلى الراهن مؤونة المرهون، وأُجرة الاصطبل، وعلف الدابة، وسقي الاشجار، ومؤونة الجداد ومن خاص ماله).

الجداد، بفتح الجيم وكسرها والدالين المهملتين: صرام النخل، وما ذكره كله داخل في المؤونة، ولكنه أراد ذكره صريحاً.

---

(١) التذكرة ٢: ٢٩.

ولا يمنع من الفصد والحجامة والختان، ويمنع من قطع السلع.

ولو رهن الغاصب فللمالك تضمين من شاء، ويستقر على الغاصب. وكذا المودع، والمستأجر، والمستعير من الغاصب، هذا إن جهلوا. ولو علموا لم يرجعوا عليه.

وأحكام الوثيقة كما تثبت في الرهن تثبت في بدله الواجب بالجناية على المرهون،

قوله: (ولا يمنع من الفصد والحجامة والختان).

وكذا المداواة بالأدوية التي لا خطر فيها.

قوله: (ويمنع من قطع السلع).

لما فيه من الخطر المضر بالمرتهن.

فرع: قال في التحرير: لا يجوز للراهن ضرب الجارية للتأديب، وغيره، إلا باذن المرتهن[1]. ويجب أن يقيد هذا بالتأديب المختص جوازه بالمولى لا مطلقاً؛ لأن الأمر بالمعروف واجب عموماً.

قوله: (ولو رهن الغاصب فللمالك تضمين من شاء، ويستقر على الغاصب).

هذا اذا لم يكن المرتهن عالماً بالغصب، وإلا استقر الضمان عليه إن استقر التلف في يده.

قوله: (وكذا المودَع والمستأجر والمستعير من الغاصب).

المودَع بفتح الدال.

قوله: (هذا إن جهلوا، ولو علموا لم يرجعوا عليه).

هذا إن حصل التلف في أيديهم.

قوله: (وأحكام الوثيقة كما تثبت في الرهن تثبت في بدله الواجب بالجناية على المرهون).

---

(١) التحرير: ٢٠٧.

والخصم في بدل الرهن الراهن، فإن امتنع فالأقرب ان للمرتهن أن يخاصم.

ولو نكل الغريم حلف الراهن، فإن نكل ففي احلاف المرتهن نظر، فان عفا الراهن فالأقرب أخذ المال في الحال لحق المرتهن، فإن انفك ظهر صحة العفو وإلّا فلا.

قد سبق مثل هذا، وإن كان ماهنا أشمل، فيخرج به عن التكرار، والتقريب واحد.

قوله: (والخصم في بدل الرهن الراهن، فان امتنع فالأقرب أن للمرتهن أن يخاصم).

وجهه: أن الرهن ملك للراهن، وكذا بدله، فالخصم في إثباته وانتزاعه هو، لكن لو امتنع من المخاصمة فهل للمرتهن أن يخاصم؟ الأقرب عند المصنف ذلك، لما فيه من تعلق حقه به، فلا بد له من طريق الى تحصيله، ولما في منعه من ذلك مع ترتب حصول حقه عليه من الضرر.

ويحتمل العدم؛ لانتفاء كونه ملكاً، فلا يستحق المطالبة. ويضعّف: بأن استحقاق المطالبة دائر مع ثبوت الحق، وهو أعم من الملك.

قوله: (ولو نكل الغريم حلف الراهن، فان نكل، ففي احلاف المرتهن نظر).

لا ريب أنه مع نكول الغريم يرد اليمين على المالك، وهو الراهن، لكن مع نكوله هل يجعل للمرتهن طريق الى تحصيل حقه، بأن يحلف هو؟ فيه نظر، ينشأ: من أن حقه متوقف على اليمين، وبدونه يلزم الضرر بضياعه، فيجوز له اثباته باليمين.

ويضعّف: بأن التوصل الى حقه إنما يسوغ حيث تكون الوسيلة جائزة شرعا، أما العدم فلا. والفرق بين هذه وما قبلها: أن استحقاق المطالبة غير متوقف، بخلاف اليمين، ومن أن يمين شخص لإثبات مال غيره، مما أجمع على عدم شرعيتها، والأصح العدم.

قوله: (فإن عفا الراهن فالأقرب أخذ المال في الحال لحق المرتهن،

. . . .

فإن انفك ظهر صحة العفو، وإلا فلا).

المراد بـ(المال): ما أوجبته الجناية، أو الإتلاف. ووجه القرب في الأول: أن حق المرتهن متعلق بالعين وأرشها وبدلها، وتصرفات الراهن، مما ينافي ذلك، ممنوع منها، فلا يكون العفو مسقطاً لحق المرتهن، وهو الأصح.

ويحتمل ضعيفاً العدم؛ لأن العفو لا يقع باطلاً عند المصنف ـ كما سنذكره ـ بل يقع مراعى، ثم يظهر نفوذه عند انفكاك الرهن، فاذا وقع العفو بما نفذ ولم يظهر لنا؛ لتوقف الانكشاف على الانفكاك وعدمه، فكيف يؤخذ حق ربما لم يكن ثابتاً؟ وليس بشيء؛ لأن ثبوت حق الراهن مقطوع به، فكيف يترك لأمر محتمل.

ووجه القرب في الثاني: أن فيه جمعاً بين الحقين، ولأنه لا مانع إلا حق المرتهن، فاذا انفك زال المانع. ويضعف بأنه لم يتحقق ثبوت حق للجاني الى الآن، ليجمع بينه وبين حق المرتهن. ومانعية حق المرتهن على صحة العفو يقتضي بطلانه وقت انشائه، فكيف ينكشف بعد صحته في حال وجود المانع؟

قال الشارح: والتحقيق أن الامور العدمية لا توصف بأنها موقوفة، بل تكون مراعاة، وما يدل على صحتها كاشف، والكاشف هو دليل على سبق العلة المؤثرة التامة. وأما الموقوف عليه فهو من تمام العلة، أعني علة الصحة أو اللزوم، ولهذا قال المصنف: (ظهر صحة العفو)[1].

هذا كلامه، وأراد به بيان الفرق بين ما يمكن وقوعه موقوفاً، وما يمتنع فيه ذلك، فنبه على أن ما كان عدمياً ـ أي: المراد منه العدم ـ لا يوصف بكونه موقوفاً، والعفو عدمي؛ لأن المقصود منه الإسقاط، وهو اعدام ما في الذمة، فيكون مراعى، بمعنى أن انكشاف حاله يظهر بعد بزوال المانع من بقائه، بخلاف الموقوف الذي بقي من علته التامة جزء لم يتحقق بعد.

---

(١) ايضاح الفوائد ٢: ٣٩.

ولو أبرأ المرتهن لم يصح، والأقرب بقاء حقه، فإن الإبراء الفاسد يفسد ما يتضمنه، كما لو وهب الرهن من غيره.

ولو اعتاض عن الدين ارتفع الرهن.

وهذا الذي ذكره تفسير لمعنى المراعي والموقوف، وليس فيه ما يدل على أنه كذلك. لكن يشكل الحكم الذي ذكره، بان العفو إما أن يكون سبباً تاماً، أو لا، فان كان الأول لزم: إما تأثيره مع وجود المانع، أو بطلانه. وإن كان الثاني لزم كونه موقوفاً.

ومثل هذا يأتي فيما لو أعتق الراهن، إلا أن يفرّق بأن عناية الشارع بالفك من الرق ـ فكان مبنياً على التغليب ـ أخرجته عن ذلك، فيبقى الحكم هنا ـ الذي يدل عليه الدليل ـ هو البطلان؛ لوجود حق المرتهن المنافي لوقوع العفو.

ونقل الشارح عن المصنف وجهاً ثالثاً غريباً، وهو صحة العفو ونفوذه، ومع عدم الفك يضمن الراهن؛ لأن مال الجاني ذهب في قضاء دينه(١)، ولا يخفى ما فيه.

قوله: (ولو أبرأ المرتهن لم يصح ...).

أي: لو ابرأ الجاني، ووجهه ظاهر، فانه غير مالك لأرش الجناية.

قوله: (والأقرب بقاء حقه، فان الإبراء الفاسد يفسد ما يتضمنه).

هذا بيان وجه القرب، وتوضيحه: أن الإبراء يضمن سقوط حقه، لامتناع بقاء حقه مع صحة الإبراء، فحيث وقع المتضمن فاسداً، فما في ضمنه أيضاً كذلك، إذ لا يثبت التابع من حيث هو تابع مع انتفاء متبوعه.

وإطلاق التضمن هنا بالمجاز والتوسع، لأن سقوط حقه لازم لصحة الإبراء، إلا أن يحمل الإبراء على إبرائه مما في ذمته. ويحتمل ضعيفاً السقوط؛ لأن الإبراء اذا اقتضى أمرين، وامتنع صحة أحدهما لمانع يصح الآخر اقتصاراً بالبطلان على موضعه، ومثله ما اذا وهب الراهن الرهن من غيره.

---

(١) ايضاح الفوائد ٢: ٤٠.

ولو أدى بعض الدين بقي كل المرهون رهناً بالباقي على اشكال، أقربه ذلك إن شرط كون الرهن رهناً على الدين، وعلى كل جزء منه.

ولو رهن عبدين فكل منها رهن بالجميع، إلا أن يتعدد العقد والصفقة، أو مستحق الدين، أو المستحق عليه.

قوله: (ولو أدى بعض الدين بقي كل المرهون رهناً بالباقي على اشكال، أقربه ذلك إن شرط كون الرهن رهناً على الدين، وعلى كل جزء منه).

منشأ الإشكال: من أن رهن المجموع بالمجموع يقتضي مقابلة الأجزاء بالأجزاء، إذ لا يظهر من مقابلة الجملة بالجملة مقابلة الجملة بالابعاض، ومن أن التقسيط يقتضي أنه إذا تلف جزء من المرهون لا يبق الباقي رهناً، إلا على جزء يقتضيه الحساب، وهو باطل قطعاً.

ووجه القرب: أنه مع عدم الشرط لا مقتضي لرهن المجموع بالأبعاض، فينتفي بدون الشرط.

واعلم أنه قد يتوهم عدم إفتاء المصنف، نظراً الى أن المذكور في كلامه هو الحكم مع الاشتراط. ولا نزاع فيه؛ لأن النزاع مع عدم الشرط، وليس كذلك، لأن الأقرب يقتضي الفتوى، إذ لا يتطرق الاحتمال مع الشرط، إنما يتطرق بدونه.

قوله: (ولو رهن عبدين فكل منها رهن بالجميع).

هذا إما بناء على أنه مع الإطلاق يثبت رهن الجميع بالأبعاض، أو على اشتراط ذلك.

قوله: (إلا أن يتعدد العقد والصفقة، أو مستحق الدين، أو المستحق عليه).

الظاهر أن المراد بالصفقة هنا: الدين المرهون به، وكذلك في البيع في

ولا اعتبار بتعدد الوكيل، ولا المالك في المرهون المستعار من شخصين.

ولو دفع أحد الوارثين نصف الدين لم ينفك نصيبه على اشكال، أما لو تعلق الدين بالتركة، فأدى أحدهما نصيبه فالأقرب انفكاك حصته، إذ لا رهن حقيقي هنا.

قولهم: تبعضت الصفقة. وإنما عطف الصفقة بالواو ؛ لأن تعدد العقد مع اتحاد العوض المرهون به لا يقتضي أن لا يكون كل من الرهنين رهناً بذلك الدين، بخلاف مستحق الدين، والمستحق عليه، لأن تعددهما مخل بذلك. لكن فيه مناقشة؛ لأن تعدد العقد واتحاده لا أثر له مع تعدد الصفقة، وظاهر العطف بـ(الواو) يشعر باعتبارهما، إلا أن يقال: إنما يراد من ذلك رفع العناد.

قوله: (ولا اعتبار بتعدد الوكيل ولا المالك في المرهون المستعار من شخصين).

لأن الوكيل وإن تعدد يده يد الموكل، وكذا لو تعدد المعير مع اتحاد الراهن؛ لأن الانتفاع بالعين المستعارة في جعلها رهناً حق للراهن.

قوله: (ولو دفع أحد الوارثين نصف الدين لم ينفك نصيبه على إشكال).

أي: لو دفع أحد وارثي الراهن نصيبه من الدين، وهذا الاشكال بعد الفتوى المتقدمة ـ بأنه مع الاشتراط يكون الرهن رهناً بكل جزء، وبدونه على ما يقتضيه التقسيط ـ لا وجه له، إذ مع الاشتراط لا ينفك قطعاً، وبدونه بمقتضى التقسيط يلزم الانفكاك.

قوله: (أما لو تعلق الدين بالتركة فأدى أحدهما نصيبه فالأقرب انفكاك حصته، اذ لا رهن حقيقي هنا).

وتعلق الدين بالتركة أضعف من تعلق الدين بالرهن، ولهذا يمنع الراهن من التصرف، بخلاف الوارث. ويحتمل ضعيفاً العدم، إذ لا إرث إلا بعد وفاء الدين.

واذا انفك نصيب أحد مالكي المرهون، فأراد القسمة قاسم المرتهن بعد إذن الشريك ، سواء كان مما يقتسم بالأجزاء كالمكيل والموزون، أو لا كالعبيد.

واذا قال المالك : بع الرهن لي واستوف الثمن لي ، ثم اقبضه لنفسك فالأقرب صحة الجميع ، لكن لا يكفي في الاستيفاء لنفسه مجرد الامساك ، بل لا بد من وزن جديد أو كيل؛ لأن قوله: ثم استوف لنفسك يقتضي الأمر بتجديد فعل.

قوله : (واذا انفك نصيب أحد مالكي المرهون، فأراد القسمة قاسم المرتهن بعد إذن الشريك ، سواء كان مما يقاسم بالأجزاء كالمكيل والموزون، أو لا كالعبد).

لأن حق المرتهن تعلق بملك الراهن فقط، وتميز ملكه عن ملك شريكه إنما يكون برضاهما، ولا دخل للمرتهن في ذلك ؛ لأن استيثاقه بملك الراهن كما قلناه. لكن لو لزم من القسمة نقصان، ورضي به الشريكان توقف على رضى المرتهن.

قوله : (ولو قال المالك : بع الرهن لي ، واستوف الثمن لي ، ثم اقبضه لنفسك ، فالأقرب صحة الجميع).

وجه القرب: جواز كل منها مع الانفراد، فكذا مع الاجتماع ، إذ لا مانع. ويحتمل المنع ، نظراً الى أن تولي طرفي القبض لا يصح من شخص واحد، وهو ضعيف.

قوله : (لكن لا يكفي في الاستيفاء لنفسه مجرد الإمساك ، بل لا بد من وزن جديد ، أو كيل؛ لأن قوله: ثم استوف لنفسك يقتضي الأمر بتجديد فعل).

كذا علل في التذكرة أيضاً[1]، وفيه نظر، للمنع من كون الإذن في

---

(١) التذكرة ٢: ٣٢.

ولو قال: بعه لي واقبضه لنفسك صح البيع دون القبض؛ لأنه لم يصح قبض الراهن، لكن ما قبضه يكون مضموناً عليه، فإن القبض الفاسد يشابه الصحيح في الضمان.

ولو قال: بعه لنفسك بطل الاذن، لأنه لا يتصور أن يبيع ملك غيره لنفسه.

ولو قال: بع مطلقاً صح.

الاستيفاء أمراً بتجديد فعل. ولو سلم، فإثبات اليد في كل زمان متجدد فعل جديد. ولو سلم أنه ليس كذلك فلا يتعين للفعل الجديد الكيل في المكيل، والوزن في الموزون.

قوله: (ولو قال: بعه لي واقبضه لنفسك صح البيع دون القبض، لأنه لم يصح قبض الراهن).

وقبض المرتهن فرعه، ولقائل أن يقول: إن قبض الراهن ليس شرطاً لصحة البيع، ولا لملك الثمن، فبمجرد البيع يملك الراهن الثمن، وأداء الدين بما يملكه الراهن صحيح.

قوله: (لكن ما قبضه يكون مضموناً عليه، فان القبض الفاسد يشابه الصحيح في الضمان).

لأنه اذا قبضه على أنه لنفسه [اقتضى ملكه إياه، فاذا تلف يكون من ماله. وهذا القدر هو المراد من الضمان بالقبض الصحيح، فاذا قبضه لنفسه][1] وكان القبض فاسداً اقتضى الضمان؛ لكونه قصد دخوله في ملكه المستلزم أنه اذا تلف يكون منه.

قوله: (ولو قال: بع مطلقاً صح).

تنزيلاً للمطلق على وجه يصح.

---

(١) ما بين المعقوفتين لم يرد في «م».

الفصل السابع: في التنازع:

لو اختلفا في عقد الرهن قدّم قول الراهن مع يمينه.

ولو ادعى دخول النخل في رهن الأرض قدّم قول الراهن في انكار الدخول والوجود عند الرهن، فإن كذّبه الحس وأصر جعل ناكلاً، وردت اليمين على المرتهن،

قوله: (لو اختلفا في عقد الرهن قدم قول الراهن مع يمينه).

أي: لو اختلفا في وقوع العقد وعدمه؛ لأن الاختلاف في أحواله سيأتي، ولا يطرد فيها تقديم قول الراهن بيمينه.

قوله: (فلو ادعى دخول النخل في رهن الأرض قدم قول الراهن في إنكار الدخول والوجود عند الرهن).

أي: لو ادعى المرتهن دخول النخل في عقد الرهن الجاري على الأرض، فان انكر الراهن الدخول فالقول قوله بيمينه. وكذا لو أنكر وجود النخل في وقت رهن الأرض، فان ذلك كاف في الجواب؛ لاستلزامه نفي رهنه، وتقديم قوله بيمينه.

قوله: (فإن كذّبه الحس وأصر جعل ناكلاً، وردت اليمين على المرتهن).

أي: فان كذّب الحس الراهن في إنكاره وجود النخل عند رهن الأرض، بأن كان النخل مقطوعاً بوجوده حينئذ لم يكن جوابه عن الدعوى بانكار وجوده حينئذ كافيا في الجواب؛ لكونه كذباً، فلابد من أن يجيب -عن الدعوى بدخول النخل في الرهن- بجواب صحيح من إقرار وانكار.

فان أصر على الجواب بعدم الوجود، بعد مطالبة الحاكم له بالجواب الصحيح جعله ناكلاً، ورد اليمين على المرتهن، فيحلف على الدخول. وفي حواشي الشهيد احتمال عدم اليمين؛ لظهور كذب الراهن. وليس بشيء؛ لأن اليمين

وإن عدل الى نفي الرهن حلف.

ولو ادعى عليها رهن عبدهما فلأحدهما اذا صدقه أن يشهد على الآخر، ما لم يجر نفعاً بأن يشهد بالرهن على الدين، وعلى كل جزء منه.

لثبوت رهن النخل، ولا يلزم من الكذب في عدم الوجود الكذب في عدم الدخول.

ولا يخفى، أنه لو كذّب الحس دعوى المرتهن الدخول، بأن قطع بعدم وجوده وقت الرهن انتفت دعواه، ولا حاجة الى اليمين.

قوله: (وإن عدل إلىٰ نفي الرهن حلف).

أي: وإن عدل الراهن عن الجواب ـ بانكار الوجود عند ظهور تكذيب الحس اياه ـ الى نفي رهن النخل كان جواباً صحيحاً، فيحلف عليه، وهذا عديل قوله: (فان أصر).

وإنما يصح جوابه هذا ويمينه اذا لم يسبق منه ما ينافيه، فان سبق ما ينافيه كأن أقر بأنه رهنه الأرض ومادار عليه حائطها مثلاً فانه لا يحلف حينئذ؛ لدخول النخل حينئذ بمقتضى القطع بوجوده وقت العقد.

قوله: (ولو ادعى عليها رهن عبدهما فلأحدهما اذا صدقه أن يشهد على الآخر ما لم يجر نفعاً، بان يشهد بالرهن على الدين، وعلى كل جزء منه).

وجه جر النفع بذلك، أنه مع كون الرهن كذلك يصير ما لكل منها رهناً لكل جزء من أجزاء الدين، فيكون سهم الآخر من العبد رهناً بما عليه من الدين، إن كان رهناً بدين في ذمته، ووثيقة بما على حصته من العبد رهن بها من الدين، وذلك نفع ورفق.

ولا ينحصر جر النفع فيا ذكره، فالأولى أن يعبر بعبارة لا تقتضي الحصر، فيقول: كأن، ونحوه، ومع عدم جر النفع تقبل الشهادة مع العدالة وباقي الشروط، اذ لا مانع، كأن تكون دعواه: أن كل حصته مرهونة بدين،

ولو كذّبه كل منهما عن نصيبه، وشهد على شريكه لم تقبل شهادتهما؛ لزعمه أنهما كاذبان، إلا أن نقول: الصغيرة لا تطعن في العدالة والكذب منها.

ولو ادعيا على واحد رهن عبده عندهما، فصدّق أحدهما خاصة فنصفه مرهون عند المصدق، فلو شهد للآخر فإشكال ينشأ: من تشارك

ولا يقترن بها جر النفع.

قوله: (ولو كذّبه كل منهما عن نصيبه، وشهد على شريكه لم تقبل شهادتهما؛ لزعمه أنهما كاذبان، إلّا أن نقول: الصغيرة لا تطعن في العدالة، والكذب منها[1]).

لا ريب أن الصغيرة لا تقدح في العدالة، والمصنف يقول بذلك، وإن كانت عبارته هنا قد توهم خلاف ذلك، فإن ما توهمه غير مراد. وأما الكذب، فإن كان على الله، أو على رسوله، أو على الأئمة عليه وعليهم السلام فهو من الكبائر، وما عداه فهو من الصغائر ينبغي أن لا يقدح في العدالة منه إلا ما أخرج عن المروءة، وآذن بالخسة.

اذا عرفت هذا فنقول: لو سلم أن الكذب قادح في العدالة لم يكن هنا مانعاً من قبول الشهادة؛ لأن المانع من ذلك على هذا التقدير هو تعمد الكذب، ولِمَ لا يجوز أن يكون هذا الإنكار ـ الذي يزعمه أنه كذب ـ نشأ عن نسيان، أو غلط، ونحو ذلك، وحينئذ فلا يلزم ما ذكره، ومن هذا يعلم أن من أقر بفسق شاهده لا تقبل شهادته له.

قوله: (ولو ادعيا على واحد رهن عبده عندهما، فصدّق أحدهما خاصة، فنصفه مرهون عند المصدّق).

المصدّق مفتوح الدال بصيغة اسم المفعول.

قوله: (فلو شهد للآخر، فاشكال ينشأ: من تشارك الشريكين

---

(١) في نسخة جامع المقاصد: والكذب ليس منها، وما اثبتناه من نسخة القواعد، وهو الصحيح.

الشريكين المدعين حقاً فيا يصدق الغريم أحدهما عليه، أو لا، فإن قلنا بالتشريك لم يقبل، وإلّا قبلت.

ولو اختلفا في متاع فادعى أحدهما انه رهن، وقال المالك: وديعة قدّم قول المالك مع اليمين على رأي.

المدعين حقا، فيا يصدق الغريم أحدهما عليه، أو لا، فإن قلنا بالتشريك لم تقبل، وإلا قبلت).

محصل الكلام: أن منشأ الاشكال: التردد في أن تصديق الغريم لأحد الشريكين في شيء ادعياه عليه هل يقتضي أصل الشركة ـ اشتراكها في المصدق عليه ـ أم لا؟ يدل على ذلك قوله: (فإن قلنا...).

وإنما لم يقبل على تقدير القول بالتشارك؛ لأن الشاهد يدفع عن نفسه حينئذ مشاركته فيا اقر به المدعى عليه.

والتحقيق أن نقول: إن كان سبب الاستحقاق موجباً للتشريك، ككون الدين المرهون به مستحقاً لها بالارث بتصادقها، أو الرهن منتقل اليها بالإرث، أو الدين من مال اشتركا فيه، ونحو ذلك فلا إشكال في مشاركة الآخر للمصدق، وعدم قبول الشهادة. وإن لم يكن ثم ما يقتضي التشريك في الدين، ولا في الرهن فلا اشكال في عدم المشاركة، وانتفاء المانع من قبول شهادته، وسيأتي في الصلح ما يوافق ذلك.

قوله: (ولو اختلفا في متاع، فادعى أحدهما أنه رهن، وقال المالك: وديعة قدّم قول المالك على رأي).

هذا الرأي هو الأصح؛ لأن اليمين على من أنكر. وجماعة على أن المصدّق المدعي اذا ادعى رهنه بمقدار قيمة المتاع، تعويلاً على رواية[1] فيها ضعف، وعملاً بقول ذي اليد، وضعفه ظاهر.

---

(١) الكافي ٥: ٢٣٨ حديث ٤، الفقيه ٣: ١٩٥ حديث ٨٨٨، التهذيب ٧: ١٧٦ حديث ٧٧٦، الاستبصار ٣: ١٢٢ حديث ٤٣٦.

ولو قال: الرهن هو العبد، فقال: بل الجارية بطل رهن ما ينكره المرتهن، وحلف الراهن على الآخر وخلصا عن الرهن.

أما لو ادعى البائع اشتراط رهن العبد على الثمن، فقال المشتري: بل الجارية احتمل تقديم قول الراهن وهو الأقوى، والتحالف، وفسخ البيع.

قوله: (ولو قال: الرهن العبد، فقال: بل الجارية بطل رهن ما ينكره المرتهن...).

إنما كان كذلك؛ لأن الرهن المحض حق المرتهن، وهو جائز من طرفه، فاذا نفى رهن العبد انتفى عنه، ولم يحتج الى اليمين، فيبقى اليمين على الراهن؛ لنفي ما يدعي به من رهن الجارية.

قوله: (أما لو ادعى البائع اشتراط رهن العبد على الثمن، فقال المشتري: بل الجارية احتمل تقديم قول الراهن ـ وهو الأقوى ـ والتحالف، وفسخ البيع).

وجه الأول: أن انكار اشتراط الجارية، وانكار استحقاقه من المرتهن كاف في نفي استحقاقه، فيبقى النزاع في اشتراط رهن العبد، والقول قول الراهن فيه؛ لأنه منكر.

ويضعف: بأن انكار اشتراط رهن الجارية يقتضي انتفاء هذا الفرد من أفراد البيع الذي يدعيه الراهن، وهو ـ للزومه من الجانبين ـ لازم للمرتهن على تقدير وقوعه، فكيف ينتفي بمجرد الانكار، ويسقط حق الآخر من هذا العقد المدعى به؟

ووجه التحالف: أن اختلاف الشرط على الثمن من جملة مكملات الثمن، فكل واحد يدعي ثمناً، كما لو قال: بعتك بهذا العبد، فقال: بل بهذه الجارية. وليس هذا كما لو قال: بعتك بمائة وخمسين، فقال: بل بمائة؛ لاتفاقهما على قدر متفق الأوصاف، واختلافهما في ثبوت الزائد ونفيه، فان منكر الزائد قد يقال هو

ولو قال: رهنت العبد، فقال: بل هو والجارية قدّم قول الراهن.

ولو قال: دفعت ما على الرهن من الدينين صدّق مع اليمين دون صاحبه، أما لو أنكر الغريم القبض قدّم قوله.

ولا فرق بين الاختلاف في مجرد النية، أو في اللفظ.

المنكر، بخلاف ما هنا، وهذا قوي متين. وعلى ما قوّاه المصنف يحتمل بقاء عقد البيع بعد انتفاء شرط كل من العبد والجارية، أحدهما بنفي المرتهن، والآخر باليمين. وفيه بعد؛ لاتفاقهما على وقوع عقد مع شرط.

ويحتمل الفسخ؛ لفوات الشرط. ويبعد؛ لأن ثبوت الفسخ في عقد لازم بمجرد نفي المرتهن اشتراط رهن الجارية، مما ينافي وجوب الوفاء بالعقد، الذي لم يدل الدليل على ثبوت التسلط على الفسخ.

قوله: (ولو قال: رهنت العبد، فقال: بل هو والجارية قدم قول الراهن).

لإنكاره رهن الجارية، ولا بد من اليمين.

قوله: (ولو قال: دفعت ما على الرهن من الدينين صدق مع اليمين دون صاحبه).

لأن ذلك مستند الى نيته، وهو أعرف بها، ولا طريق الى العلم بها إلا من قبله. ولو قال المرتهن: انه كان قد أقر لي، بأنه إنما دفع عن الدين الآخر فالقول قوله باليمين أيضا.

قوله: (أما لو أنكر الغريم القبض قدّم قوله).

من هذا يعلم: أن المسألة الأولى حيث يتصادقان على القبض، ويختلفان في تعيين المقبوض عنه، فاما مع الاختلاف فيه فان القول قول منكره.

قوله: (ولا فرق بين الاختلاف في مجرد النية أو في اللفظ).

فلو قال الدافع: نويت الدين الفلاني، وقال الآخر: بل نويت الفلاني فله إحلافه، وإن كانت النية أمراً قلبياً لا يطلع عليه إلا من قبله؛ لأن الأمر

ولو قال: لم أنوِ عند التسليم أحد الدينين احتمل التوزيع، وأن يقال له: اصرف الأداء الآن الى ما شئت.

وكذا نظائره، كما لو تبايع مشركان درهماً بدرهمين، وسلّم مشتري الدرهم درهماً ثم أسلما، فإن قصد تسليمه عن الفضل فعليه الأصل، وإن قصد عن الأصل فلا شيء عليه، وإن قصدهما وزع وسقط ما بقي من الفضل، وإن لم يقصد فالوجهان.

الخفي تسمع الدعوى فيه بمجرد التهمة على الأصح، ويترتب عليها اليمين ولا تُرد. وستأتي هذه الأحكام كلها ان شاء الله في كتاب القضاء، وكلام المصنف هنا منزل على ذلك.

وأما الاختلاف في اللفظ فظاهر، كما لو قال: دفعته قائلاً إنه عن الفلاني، أو اقررت بذلك فانكر، وقال: إني قلت إنه عن الفلاني، ويقدم قوله بيمينه؛ لأنه منكر.

قوله: (ولو قال: لم أنو عند التسليم أحد الدينين احتمل التوزيع، وأن يقال له: إصرف الأداء الآن الى ما شئت).

وجه الأول: أن القابض يملكه بالأخذ قطعاً، لوجود المقتضي وهو الاستحقاق، وانتفاء المانع، فلا بد أن يسقط من الذمة من الدينين ما يقابله، ولا ترجيح لأحد الجانبين، فتعين التوزيع، وهو الأقوى.

ووجه الثاني: انتفاء النية حال الدفع فليتداركها الآن، لأن المرجع في ذلك الى اختياره، وحيث لم يسبق له اختيار شيء، فليتخير متى شاء، ويدفعه اقتضاء ملك القابض للمقبوض وقوعه عن شيء.

قوله: (وكذا نظائره، كما لو تبايع مشركان درهماً بدرهمين، وسلم مشتري الدرهم درهماً ثم أسلما ـ الى قوله: ـ وإن لم يقصد فالوجهان).

إنما فرض المسألة في المشركَيْن؛ لأنهما لو كانا مسلمَيْن لكان الحال دائراً بين المنع من الربا في حقها، أو الجواز الذي لا يتطرق اليه المنع. وتقريبه معلوم

ولو كان لزيد عليه مائة، ولعمرو مثلها، ووكلا من يقبض لهما فدفع المديون لزيد أو لعمرو فذاك، وإلّا فالوجهان.

ولو أخذ من المماطل قهراً فالاعتبار بنية الدافع، ويحتمل القابض، ولو فقدت فالوجهان.

مما سبق، والأصح التوزيع هنا أيضاً.

قوله: (ولو كان لزيد عليه مائة، ولعمرو مثلها ووكلا من يقبض لهما، ودفع المديون لزيد أو لعمرو فذاك، وإلا فالوجهان).

أي: وإن لم يكن كذلك، بأن لم يدفع لواحد منهما بعينه بدليل (أو) فالوجهان السابقان يأتيان هنا، والأصح التوزيع. وفي العبارة مناقشة لطيفة، وهو أن موضع الوجهين ما اذا دفع ولم ينو شيئاً، لا ما إذا لم ينو واحداً بعينه، اذ لو نواهما لم يطرد مجيء الوجهين فيه.

قوله: (ولو أخذ من المماطل قهراً فالاعتبار بنية الدافع، ويحتمل القابض، ولو فقدت فالوجهان).

الأخذ من المماطل يقتضي أن يكون الدافع هو المماطل، فلا يرد عليه ما لو أخذ الحاكم ودفع، حيث أن الوجهين لا يأتيان؛ لأن نية الحاكم قائمة مقام نية المديون.

فاذا نوى الدافع ـ وهو المماطل ـ أحد الدينين، ونوى القابض الآخر ففيه احتمالان: ترجيح نية الدافع؛ لأن الاعتبار إنما هو بنيته. وترجيح نية القابض؛ لأن الأخذ قهراً صيرها غير معتبرة، كما في الزكاة اذا أُخذت قهراً. وليس بشيء، اذ القهر إن استمر الى حصول الدفع فلا نية للدافع أصلاً، ليعتبر ترجيحها وعدمه.

وإن حصلت النية عنده لم يكن الدفع قهراً؛ لأن المقهور المجبر لا يكون مريداً ولا ناوياً، بل صدور النية منه، مع كون الأخذ منه قهراً مما لا يجتمعان.

وقوله: (ولو فقدت) يريد به ما لو فقدت نية كل منهما، اذ لو وجدت النية من القابض فقط، فرجحان اعتبارها عنده ظاهر، ومع فقدها فأصح الوجهين

ولو كان التداعـي في الإبراء قدّم قول المرتهن، ويقدّم قول الراهن في عـدم الـرد مع اليمين، وفي قـدر الـديـن على رأي، وفي أن الـرهـن على نصـف الدين لا كلـه، وعلى المؤجل منه لا الحـال،

التوزيع، كما في باقي النظائر.

واعلم أن الشارح ولد المصنف زعم أن مجيء الوجهين احتمال ثالث في مسألة الأخذ من المماطل قهراً، التي هي موضع الوجهين الأولين[١]. وهو قريب؛ لأن موضع الوجهين مسألة أُخرى، وهو ما اذا فقدت النية من كل منها، وهنا لا يجيء[٢] الاحتمالان الأولان.

قوله: (ولو كان التداعـي في الابراء قدّم قول المرتهن).

لأنه منكر، والأصل بقاء الدين.

قوله: (ويقدم قول الراهن في عدم الرد مع اليمين).

أي: في عدم رد الرهن اليه؛ لأن الأصل عدمه، واليمين على من أنكر، وفرق بينه وبين المستودع والوكيل؛ لأن كلاً منها قبض لمصلحة مالك العين، والمرتهن قبض لمصلحته.

قوله: (وفي قدر الدين على رأي).

لأنه منكر للزائد، والأصل عدمه. وقال ابن الجنيد: يقدم قول المرتهن ما لم ترد دعواه عن قيمة الرهن[٣]، تعويلاً على رواية[٤] فيها ضعف، مع مخالفتها لظاهر المتواتر.

قوله: (وفي أن الرهن على نصف الدين لا كلّه).

لأن الراهن ينكر وقوع الرهن على الزائد على النصف.

قوله: (وعلى المؤجل منه، لا الحال).

---

(١) ايضاح الفوائد ٢: ٤٥.

(٢) في «م»: يجيء.

(٣) نقله عنه في ايضاح الفوائد ٢: ٤٥.

(٤) التهذيب ٧: ١٧٥ حديث ٧٧٤.

وقول المرتهن في عدم التفريط والقيمة، وفي ان رجوعه عن اذنه للراهن في البيع قبله ترجيحاً للوثيقة، ولأن الأصل عدم بيع الراهن في الوقت الذي يدعيه، وعدم رجوع المرتهن في الوقت الذي يدعيه، فيتعارضان ويبقى الأصل استمرار الرهن. ويحتمل تقديم قول الراهن عملاً بصحة العقد.

أي: ويقدم قول الراهن في أن الرهن على الدين المؤجل، لا الحال. وكذا العكس؛ لأن ما أنكر المرتهن الرهن به يندفع بانكاره، وعليه في دفع الآخر اليمين، لكونه منكراً. وظاهر العبارة يقتضي ثبوت الرهن بالدين المخالف، لما يحلف الراهن على نفي كون الرهن به، وليس كذلك. وفي حواشي الشهيد: احتمال التحالف هنا، وليس بشيء كما لا يخفى؛ لاندفاع ما ينكره المرتهن بمجرد انكاره.

نعم، لو اختلفا في المشترط منها في عقد البيع جاء احتمال التحالف هنا، ويتجه كونه الأقوى.

قوله: (وقول المرتهن في عدم التفريط والقيمة).

لكونه منكراً في كل من المسألتين، إذ الأصل عدم تفريطه، والأصل عدم ما يدعيه الراهن عليه من زيادة القيمة، حيث لزمته بتعد وتفريط.

قوله: (وفي أن رجوعه عن إذنه للراهن في البيع قبله ترجيحاً للوثيقة، ولأن الأصل عدم بيع الراهن في الوقت الذي يدعيه، وعدم رجوع المرتهن في الوقت الذي يدعيه فيتعارضان، ويبقى الأصل استمرار الرهن. ويحتمل تقديم قول الراهن، عملاً بصحة العقد).

ما أفتى به هنا هو مختاره في التحرير [1] والارشاد، وهو مذهب الشيخ [2]، واكثر المتأخرين [3]. وفي التذكرة حكاه عن الشيخ، ولم يفت

---

(١) التحرير: ٢٠٨.

(٢) المبسوط ٢: ٢١٠.

(٣) منهم: الشهيد في الدروس: ٤٠٥.

. . . .

بشيء[١].

واحتج المصنف على ما أفتى به بوجهين: الثاني منها ذكره الشيخ[٢] والجماعة[٣]، والأول لا يكاد يغايره.

الأول: ترجيح جانب الوثيقة عملاً بالاستصحاب.

الثاني: أن كلاً من دعوى الراهن والمرتهن قد استندت الى أصل فيتكافئان، وتبقى اصالة استمرار الرهن بغير معارض.

أما الاول: فلأن الراهن يدعي صدور البيع على وجه مخصوص، وهو قبل رجوع المرتهن، والأصل عدمه؛ لأن الأصل في كل أمر ممكن العدم حتى يعلم وجوده، والمرتهن يدعي صدور الرجوع منه، على وجه مخصوص أيضاً، وهو قبل صدور البيع، والأصل عدمه أيضاً، فوقع التعارض.

وأما الثاني: فلأن المرجح ما ذكر، وفيه نظر من وجوه:

أ: إن الأصل وإن كان عدم صدور البيع على الوجه الذي يدعيه الراهن، إلا أنه لا يتمسك به الآن؛ لحصول الناقل عنه، وهو صدور البيع مستجمعاً لجميع ما يعتبر فيه شرعاً، وليس هناك ما يخل بصحته، إلا كون الرجوع قبله.

ويكفي فيه عدم صدور العلم بوقوعه كذلك، والاستناد الى أن الأصل بقاء الاذن السابق؛ لأن المانع لا يشترط العلم بانتفائه لتأثير المقتضي، وإلا لم يمكن التمسك بشيء من العلل الشرعية، اذ لا يقطع بنفي موانع تأثيرها بحسب الواقع، وهو معلوم البطلان، فان من صلى مراعياً للأفعال والشروط، يكفيه لصحة صلاته الاستناد الى أصالة عدم طروء النجاسة المانعة من الصحة على ثوبه أو بدنه الطاهرين، وإن لم يعلم انتفاءها بحسب الواقع قطعاً، هذا مع اعتضاده بأن الأصل في البيع الصحة واللزوم. وحيث تحقق الناقل عن الأصل امتنع

---

(١) التذكرة ٢: ٤٥.

(٢) المبسوط ٢: ٢١٠.

(٣) منهم: المحقق في الشرائع ٢: ٨٥، والشهيد في الدروس: ٤٠٥.

. . . .

التمسك به، وخرج عن كونه حجة، فان أصل الطهارة في الماء - بعد ثبوت المقتضي للتنجيس مثلاً - لا يتمسك به، وحينئذ فينتفي حكم كل من الأصلين اللذين ذكرهما.

ب: إن ما ذكره من الاستدلال، إنما يتم على تقدير تسليم بقاء الأصلين المذكورين مع الانحصار فيها، وفي الأصل الثالث الذي ذكره. وليس كذلك، فان لنا أصلاً آخر من هذا الجانب أيضاً، وهو أن الأصل في البيع الصحة واللزوم، ووجوب الوفاء بالعقد.

ج: إن ما ذكره من الاستدلال على اطلاقه يجري على ما إذا اطلقا الدعوى ولم يعينا وقتاً للبيع أو الرجوع، وما اذا عينا لأحدهما وقتاً واختلفا في الآخر. وليس بجيد، فانها اذا اتفقا على وقوع البيع يوم الجمعة، واختلفا في تقدم الرجوع عليه وعدمه، الأصل عدم التقدم.

وينعكس الحكم لو اتفقا على وقت الرجوع، واختلفا في تقدم البيع عليه، فيحصل على هذا التقدير أصل آخر، وقد نبه على ذلك في الدروس[1].

واعلم أن المصنف في التذكرة حكى عن بعض العامة تفصيلاً، وهو: أنه لو قال الراهن أولاً: تصرفت باذنك، ثم قال المرتهن: كنت رجعت قبله فالقول قول الراهن بيمينه. وإن قال المرتهن أولاً: رجعت عما اذنت، فقال الراهن: كنت تصرفت قبل رجوعك فالقول قول المرتهن بيمينه؛ لأن الراهن حين ما أخبر لم يكن قادراً على الإنشاء[2].

قلت: ويقرب منه ما لو تصادقا على صدور البيع، ثم اختلفا في حال الرجوع، أو تصادقا على صدور الرجوع، ثم اختلفا في حال البيع أخذ بالاقرار السابق.

---

(١) الدروس: ٤٠٥.

(٢) التذكرة ٢: ٤٥، وذهب الى هذا القول الشافعي كما في المغني لابن قدامة ٤: ٤٨٨.

ولو ادعى الراهن الغلط في اقراره بقبض المرتهن الرهن تعويلاً على كتاب وكيله فخرج مزوراً، أو قال: أقبضته بالقول وظننت الاكتفاء قدّم قول المرتهن مع اليمين. وكذا لو قال: تعمدت الكذب إقامة لرسم القبالة.

أما لو أقر في مجلس القضاء بعد توجه دعواه فالوجه انه لا يلتفت اليه، وكذا لو شهدت البينة بمشاهدة القبض.

اذا تقرر هذا، علم أن مذهب الأصحاب تقديم قول المرتهن، فينبغي الوقوف معه، وان كان الدليل يقتضي خلافه.

قوله: (ولو ادعى الراهن الغلط في إقراره بقبض المرتهن، تعويلاً على كتاب وكيله فخرج مزوراً، أو أقبضته بالقول، وظننت الاكتفاء قدم قول المرتهن مع اليمين).

وذلك؛ لأن الأصل في الاقرار الصحة، ومطابقة الواقع. واعلم أن في قول المصنف: (أو أقبضته) حذفا، تقديره: أو قال: أقبضته، ونحو ذلك. ومعنى أقبضته بالقول: قلت له: اقبضتك، ونحوه من القول الذي ليس قبضاً، ظناً منه الاكتفاء به.

قوله: (وكذا لو قال: تعمدت الكذب إقامة لرسم القبالة).

القبالة، فيما نسمعه، بفتح القاف: الوثيقة، والمعنى إني أردت إقامة رسم القبالة، وهي وثيقة الرهن، أي: كتبها، والشهادة بها، ولما لم يتم من دون الإقرار بالقبض أقررت به، ولم يكن في الواقع قبض، فان المرتهن يحلف لا الراهن؛ لاعتضاد المرتهن بالأصل، ومثل ذلك يجري كثيراً في العادة.

قوله: (أما لو أقر في مجلس القضاء بعد توجه دعواه فالوجه أنه لا يلتفت اليه).

لأن الإقرار في مجالس الحكام بعد توجه الدعوى، وطلب الجواب مما لم تجر العادة بالمسامحة فيه، والمجازفة والعقل يقتضي أن المدعى عليه لا يقر الآن إلا بما أقدم على المؤاخذة به والالزام بمقتضاه، فلا يجيب إلا بما هو محقق عنده، ولولا

ولو اعترف الجاني بالجناية على الرهن، فصدّقه الراهن خاصة أخذ الأرش، ولم يتعلق به المرتهن. ولو صدقه المرتهن خاصة أخذ الأرش، وكان رهنا الى قضاء الدين، فاذا قضى من مال آخر فهو مال ضائع لا يدعيه أحد، ولو جنى العبد فاعترف المرتهن خاصة قدّم قول الراهن مع اليمين.

ذلك لم يوثق بالأقارير الجارية في مجالس الحكام.

واحترز بقوله: (بعد توجه الدعوى) عما لو أقر في مجلس القضاء، لا مع توجه الدعوى، بل إقامة لرسم القبالة مثلاً، فان اليمين لا ينتفي عن المرتهن هنا.

قوله: (ولو اعترف الجاني بالجناية على الرهن، فصدقه الراهن خاصة أخذ الارش، ولم يتعلق به المرتهن).

أي: ولم يكن للمرتهن به علاقة حق، لتكذيبه بالجناية المقتضي لنفي استحقاقه الاستيثاق.

قوله: (ولو صدّقه المرتهن خاصة أخذ الأرش وكان رهنا الى قضاء الدين، فاذا قضى من مال آخر فهو مال ضائع لا يدعيه أحد).

قد يقال: أخذ المرتهن الأرش إنما يستقيم بناء على أن المرتهن يستحق إدامة اليد على الرهن، وقد عرفت سابقا مافيه. إلا أن يقال: الحكم باليد هنا ثبت مطلقاً، ضرورة تعذر إذن الراهن هنا؛ لإنكاره الجناية. وقوله: (وكان رهنا الى قضاء الدين...) لا محصل له؛ لأن كل رهن كذلك، وكأنه أراد بكونه رهناً: مقتضاه السابق، وهو كونه في يده الى حين قضاء الدين ثم هو مال ضائع، أي: لا يعرف مالكه فيسلم الى الحاكم. وسيأتي انشاءالله تعالى حكمه في الإقرار، فيما لو كذّب المقر له المقر في اقراره. وقد يعلم من قوله: (فاذا قضي من مال آخر) أنه يجوز القضاء منه، وهو صحيح لانتفاء المانع.

قوله: (ولو جنى العبد، فاعترف المرتهن خاصة قدّم قول الراهن مع اليمين).

لأنه المالك، فلا يثبت حق الجناية عليه بمجرد اقرار المرتهن.

ولو اعترف الراهن خاصة قدّم قول المرتهن مع اليمين، فإن بيع في الدين فلا شيء للمقر له، ولا يضمن الراهن. ويحتمل الضمان مع تمكنه من الفك لقضاء ثمنه في دينه.

قوله: (ولو اعترف الراهن خاصة قدم قول المرتهن مع اليمين).

لأن له حق الاستيثاق، فلا تثبت الجناية المفضية الى سقوطه بمجرد اقرار الراهن.

قوله: (فان بيع في الدين فلا شيء للمقر له، ولا يضمن الراهن).

لعدم تقصيره، حيث انه أقر بالجناية، ولا تعدية، إذ الفرض أن البيع ليس منه.

قوله: (ويحتمل الضمان مع تمكنه من الفك لقضاء ثمنه في دينه).

كبرى القياس محذوفة وهي: كلما كان كذلك فهو مضمون، وقد نقل الشارح الاجماع على حقية الكبرى[1]، ومقتضى الدليل المذكور الضمان مع قضاء الدين به وأن يتمكن من الفك. ووجهه ظاهر، فان إقرار الراهن بالجناية يقتضي استحقاق المجني عليه الجاني لولا حق المرتهن، فاذا قضى دين الراهن منه بأمره، أو بأمر الحاكم الجاري مجرى أمره كان عليه الضمان، وهذا قوي جداً.

لكن يرد عليه: أنه على تقدير وقوع الجناية، فبيع العبد في الدين غير صحيح، إن كانت الجناية عمداً، ويبقى استحقاق القصاص والاسترقاق بحاله، لأن الاختيار فيه الى المجني عليه، فلا يصح الاستدلال بالقياس المذكور على الضمان في هذا الفرد.

نعم، لو كانت الجناية خطأ، وبيع بأمر الراهن فان وجه الضمان هنا

---

(١) ايضاح الفوائد ٢: ٤٧.

ولو قال الراهن: أعتقته، أو غصبته، أو جنى على فلان قبل أن رهنت حلف المرتهن على نفي العلم، وغرّم الراهن للمقر له للحيلولة.

ولو نكل فالأقرب إحلاف المقر له لا الراهن،

ظاهر؛ لأن الأمر بالبيع من الراهن يكون التزاماً للفداء فيضمنه. والظاهر أن أمر الحاكم بالبيع ـ لكونه لقضاء دين واجب عليه ـ منزل منزلة أمره، فينبغي أن يلحظ ذلك، وهذا اذا كانت الجناية بعد الرهن.

أما قبله فان عليه الضمان قطعاً، لأن تضييع حق المجني عليه منه حيث رهن الجاني، ولم يخبر بالحال.

واعلم أن في عبارة المصنف مناقشة، فانه لا معنى لقضاء الثمن في الدين؛ لأن القضاء للدين لا للثمن، فكان حقه أن يقول: لقضاء دينه من ثمنه، فهو كلام مغلوب. ولعله ارتكبه لظهوره، كما في قولهم: خرق الثوب المسمار، وهو فن من فنون كلامهم.

قوله: (ولو قال الراهن: أعتقته، أو غصبته، أو جنى على فلان قبل أن رهنت حلف المرتهن على نفي العلم، وغرم الراهن للمقر له للحيلولة).

أي: لو قال الراهن كنت أعتقته، أي: العبد المرهون، أو غصبته من فلان، أو جنى على فلان، وكان ذلك قبل الرهن، فانكر المرتهن ذلك حلف على نفي العلم بما ادعاه.

والخصومة كما تجري بين المرتهن والمعتق، والمغصوب منه والمجني عليه، فكذا تجري بينه وبين الراهن؛ لأن تخليص نفسه من الإثم والغرم أمر مطلوب، فاذا حلف اندفعت الدعوى، فيغرم الراهن حينئذ للمعتق، وللمغصوب منه، وللمجني عليه الذين هم المقر لهم، لحيلولته بينهم وبين حقهم برهنه قبل الإقرار واثبات السلطنة للمرتهن عليه ظاهراً.

قوله: (ولو نكل فالأقرب إحلاف المقر له لا الراهن).

أي: لو نكل المرتهن عن اليمين أحلف المقر له من الثلاثة المذكورين، لا

فيباع العبد في الجناية والفاضل رهن، أو العبد فيعتق.

ولو نكل المقر له احتمل الضمان لاعترافه بالحيلولة، وعدمه لتقصيره بالنكول مع تمكين المقر باقراره، والمرتهن بنكوله،

الراهن على الأقرب؛ لأن الحق للمقر له، فاذا نكل المدعى عليه ردت اليمين على من له الحق.

ويحتمل إحلاف الراهن؛ لأن الخصومة معه، وخلاصه من الضمان أمر مطلوب. والأصح الأول؛ لأن الحلف لاثبات مال الغير لا يجوز، والخلاص من الضمان فرع ثبوته.

قوله: (فيباع العبد في الجناية، والفاضل رهن، أو العبد فيعتق).

اذا حلف المقر له اليمين المردودة ثبت الحق، ففي الغصب يأخذ المغصوب من ماله وهو ظاهر، ولهذا لم يتعرض له المصنف. وفي الجناية يباع العبد إن استوعبته، أو لم يمكن بيع ما تستدعيه الجناية.

والفاضل عنها من القيمة يكون رهنا، وإن أمكن بيع مقدار الجناية فالباقي كما كان رهن. وفي العتق تنقطع السلطنة عن العبد المرهون، بثبوت عتقه وحريته. واعلم أن نظم العبارة ليس بحسن؛ لأن العبد مقر له، فيندرج في قوله: (فالأقرب إحلاف المقر له).

فلا يحسن قوله بعد: (أو العبد فيعتق) لأن ذلك تكرار بغير فائدة، مع ابهامه عدم اندراجه في قوله: (المقر له) وليقرأ قوله: (فيعتق) بفتح الياء وكسر التاء، أي: فيظهر عتقه، لأنه باقراره معتق.

قوله: (ولو نكل المقر له احتمل الضمان؛ لاعترافه بالحيلولة، وعدمه لتقصيره بالنكول مع تمكين المقر باقراره، والمرتهن بنكوله).

ولو نكل المقر له عن اليمين احتمل ضمان المقر له؛ لاعترافه بالحيلولة الموجبة لضمانه، فلا يسقط الغرم الواجب بسببها بنكول المقر له. ويحتمل عدمه، لتقصير المقر له بنكوله عن اليمين، مع تمكين المقر اياه من اليمين باقراره والمرتهن

وغرامته للعبد بفكه من الرهن عند الحلول، فإن تعذر وبيع وجب فكه بالقيمة مع البذل، وبالأزيد على اشكال.

بنكوله. وليس بشيء؛ لأن تقصيره في إثبات حقه على المرتهن لا يُسقط حقه عن الراهن.

ولا محصل لقوله: (مع تمكين المقر باقراره) فانّ ردّ اليمين على المقر له لا يتوقف على اقرار المقر. وكأنه أراد معنى آخر، وهو: أن المقر لم يقصّر فيما وجب عليه، حيث أقر بالصورة الواقعة، فلم تساعده العبارة.

ويرد عليه: أن عدم تقصيره لا يُسقط ما وجب بالعدوان السابق حيث رهنه، ولم يخبر بالواقع، على أن النكول عن اليمين لا يعد تقصيراً، فان الفرار من الحلف أمر مطلوب مرغب فيه في الكتاب والسنة، والحق أنه يضمن.

قوله: (وغرامته للعبد بفكه من الرهن عند الحلول).

أي: الغرامة للمجني عليه والمغصوب منه للحيلولة حيث يجب معلوم، فلا يحتاج الى التعرض لبيانه. وأما الغرم للعبد الذي أقر بأنه معتق، فحيث أنه ليس على نهج الغرم في الاولين تعرض لبيانه.

فغرامته له إنما تعقل بفكه من الرهن، اذ لا يعقل أمر آخر مثل غرم القيمة له مثلاً، إذ الحر لا قيمة له. وقوله: (عند الحلول) مستدرك، بل مفسد، لأن فكه واجب سواء كان قبل الحلول أو بعده. وإن كان بعد الحلول قد صار متمكناً من إلزام المرتهن باستيفاء دينه، وفك الرهن، إلا أنه قبل الحلول لو امكنه ذلك، بارضائه اياه ولو ببذل زيادة وجب عليه.

قوله: (فان تعذر وبيع وجب فكه بالقيمة مع البذل، أو بالأزيد على اشكال).

لا شبهة في وجوب الفك بالقيمة فما دون مع القدرة على البذل، وإنما الاشكال مع عدم القبول إلا بزيادة على القيمة.

ومنشؤه: من أن بذل ما زاد على القيمة ضرر، فيكون منفياً، ومن أن التخليص واجب، ولا يتم إلا بذلك فيجب، وهو الأصح؛ لأنه أدخل هذا

فإن أعتق فلا ضمان، إلا في المنافع التي استوفاها المشتري لا غيرها، إذ منافع الحر لا تضمن بالفوات، وقبله يضمنها لما يتبع به بعد العتق كالجناية.

الضرر على نفسه برهن الحر، نعم لو اجحف بماله...[١].

قوله: (فإن أعتق فلا ضمان، إلّا في المنافع التي استوفاها المشتري لا غيرها، اذ منافع الحر لا تضمن بالفوات).

اذا اعتق هذا العبد المقر بحريته بسبب من الأسباب، فان وجوب التخليص حينئذ يسقط عنه لحصوله بالعتق، ولا يجب على المقر ضمان شيء لأجله، سوى المنافع التي استوفاها المشتري لتقومها، وكون الراهن سبباً في تسلط المشتري على استيفائها، سواء استوفاها بنفسه، أو بوكيله، أو بالاجارة، أو بالعارية، ونحو ذلك، والمباشر ضعيف بالغرور.

أما المنافع التي فاتت فانها لا يجب ضمانها؛ لأن منافع الحر لا تضمن بالفوات، اذ لا يدخل الحر تحت اليد؛ لأن الذي يدخل تحت اليد هو المال.

ويظهر من العبارة أنه لو استوفى المنافع غير المشتري، بان غصب العبد غاصب، وانتفع به، أنه لا يجب ضمانها على المقر. وهو محتمل؛ لأن ذلك ليس ناشئاً عنه، اذ ليس بسبب تعديه برهن الحر، وإنما ذلك بعدوان الغاصب.

ويحتمل الضمان؛ لأن الظاهر غصبه لزعمه أنه مملوك، وذلك الاعتقاد بسبب المقر.

قوله: (وقبله يضمنها؛ لما يتبع به بعد العتق كالجناية).

أي: قبل العتق، أما عدم ضمان المنافع بعد عتق العبد، وزوال السلطنة الظاهرة عنه فواضح. وأما ضمانها قبل العتق في حال العبودية، وثبوت السلطنة ظاهراً فقد يتوهم امتناعه؛ وذلك لأن المدفوع اليه اجرة منافعه ملك للمشتري ظاهراً، فيستحق انتزاعه، فلابد من ضمانه، فاذا دفع اليه انتزعه المشتري،

---

(١) هكذا في النسخة الخطية والحجرية.

مركز تحقيقات كامپيوتري علوم اسلامي

. . . .

وهكذا الى ما لا نهاية له، فيلزم التسلسل.

وهذا إنما يتم على تقدير أمرين:

أحدهما: أن كلما ضمن للعبد لابد من دفعه اليه على وجه يعلم به المشتري، وليس ذلك بلازم؛ لإمكان ضمانه على وجه يرضى ببقائه في يده، أو يد شخص آخر بالوكالة، أو يسلمه اليه، بحيث لا يعلم المشتري، ويستره العبد عنه.

الثاني: أن كلما وصل الى المشتري من العبد يجب على المقر ضمانه، ومقتضى كلام المصنف الآتي ـ فيما لو سعى العبد: أنه لا يضمن المقر الا اجرة المنافع، دون ما دفعه بالكتابة ـ عدم الضمان، وحينئذ فاذا أخذه المشتري لا يجب ضمانه دفعة اخرى.

ولا يقال: إن بين هذا، وبين ما زاد على أجرة منافعه من مال الكتابة فرقاً؛ لأن العبد التزم به، ودفعه باختياره.

وأما هنا فان المأخوذ منه قهراً، فلا يلزم من اسقاط الضمان هناك سقوطه هنا، لأنا نقول: إن التزامه بمال الكتابة ليس باختياره قطعاً، وإنما هو لخلاص رقبته من سلطنة الرق بغير حق، الناشئ عن تغرير المقر ورهنه، فلا فرق.

اذا عرفت هذا، فلتوهم امتناع هذا الضمان قيّد المصنف الضمان بكونه لما يتبع به بعد العتق، كالجناية التي يقر بها العبد، وينكرها المشتري، ولا يمكن اثباتها، وكذا لو أقرّ بها المشتري، أو ثبتت وصرف ذلك فيها باذن العبد، اذا كانت توجب المال، أو وقع التراضي على المال.

وكذا لو اقر بمال، أو اتلف مالاً، أو تزوج امرأة بغير اذن المشتري، وهي جاهلة بحاله، فان المضمون للعبد حينئذ من المقر يرصد لهذه بيد الحاكم، ولا يتعين، بل إن أمكن أن يرصد في يد شخص باذن العبد جاز، بل هو متعين، ومقدم على التسليم الى الحاكم، وكذا صرفه الى المقر له باذن العبد حالاً.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

وإن كوتب بالقيمة، أو بالأدون، أو بالأزيد مع عدم التخلص إلا به وجب على المقر تخليصه به،

فان قلت: كيف يجوز للحاكم، أو الوكيل، أو المقر له أخذ هذا المال، الذي هو مال مملوك ظاهراً، فهو ملك للمشتري في الحقيقة بغير اذنه؟ اذا قال المقر له: هذا مالي، ضمنته لهذا العبد الذي اعتقته قبل الرهن بمقتضى الغرم، لم يكن للمشتري المطالبة به، ولا للحاكم، وللوكيل الاعتراض؛ لأنه إن كان صادقاً في قوله فلا بحث، وإن كان كاذباً فهو ماله يدفعه الى من شاء، وقول الشارح: ان أجرة المنافع تعد عند الحاكم[1]، إن اراد به تعيين ذلك فقد عرفت مافيه، وإن لم يكن ذلك مراده فلا وجه لقصر الحكم عليه، بل اذا أمكن دفعه الى وكيل العبد تعين كما قلناه.

بل قول المصنف: (يضمنها لما يتبع به بعد العتق كالجناية) ليس بجيد؛ لأن مقتضاه الحصر في ذلك. وليس بجيد؛ لأن هذا مال للعبد، وتعذر ايصاله اليه على ما قرروه إن تم لا يقتضي حصره في المصرف المذكور؛ لانه لو صرف في مأكله وملبسه مع الحاجة جاز، ولو صرف في نفقة قريبه الحر اذا كان واجب النفقة جاز، الى غير ذلك، فلا وجه لما ذكره.

قوله: (وإن كوتب بالقيمة، أو بأدون، أو بالأزيد مع عدم التخليص إلّا به، وجب على المقر تخليصه).

هذا ايضا من أحوال العبد، وتقريره: أنه اذا لم يمكن فكه، ولم يعتق، بل كوتب، سواء كانت بالقيمة، أو بالأدون، أو بالأزيد؛ لأن ذلك كله بحسب الواقع بمقتضى الاقرار بغير حق وجب على المقر تخليصه ببذل مال الكتابة، إن لم يمكن التخليص إلا به.

فقوله: (مع عدم التخليص إلّا به) قيد لقوله: (وجب على المقر تخليصه) فهو في معنى الشرط.

---

(١) ايضاح الفوائد ٢: ٤٨.

فإن سعى العبد ضمن الأُجرة خاصة على الأقوى بخلاف الميراث.

فكأنه قال: وجب تخليصه، وذلك لأنه لم يمكن التخليص إلا به، والظرف متعلق بقوله: (وجب)، والضمير يعود الى محذوف يدل عليه السياق، تقديره: وجب تخليصه بذلك المذكور من القيمة، والأدون، والأزيدالذي هو مال الكتابة.

واعلم أن في قوله: (أو بالأزيد...) رجوعاً عن الاشكال السابق، في وجوب التخليص بالأزيد من القيمة.

قوله: (فان سعى العبد ضمن الأُجرة خاصة على الأقوى، بخلاف الميراث).

أي: فان لم يخلصه، وسعى العبد في أداء مال الكتابة فالواجب على المقر حينئذ ضمان أجرة منافعه فقط، دون مازاد عليها، مما بذله في مال الكتابة؛ لأنه دفعه بغير اذنه في فك رقبة لم تدخل تحت ضمانه، فان رقبة الحر لا تضمن.

ويضعّف بأن الضمان غير منحصر سببه في الإذن بالدفع، فان التسبب الى الاتلاف موجب للضمان، حيث يكون المباشر ضعيفاً، وهاهنا كذلك، فان العبد لما كان حراً بزعم المقر، وكان تحت سلطنة الرق بغير حق ناشئاً عن المقر كان كلما ينشأ عن الرقية من الاتلافات مستنداً اليه، والمباشر ضعيف بالغرور، فيكون الضمان عليه.

ولا ريب أن الخلاص من الرق أمر مطلوب للعقلاء؛ لما فيه من الخلاص من الذل العظيم والحقوق الكثيرة، خصوصاً اذا كان الرق في نفس الأمر منتفياً، فالأصح ضمان اكثر الأمرين.

ويحتمل ضعيفاً ضمان أقل الأمرين؛ لأنه إن كان المدفوع أقل فهو التالف، وإن كانت الأجرة اقل فهي المضمونة على ما سبق أولاً، وضعفه معلوم مما سبق.

وقوله: (بخلاف الميراث) أراد به على ما فسره به بعضهم: أنه لو مات، فأدى مال الكتابة من ميراثه وجب ضمانه للوارث، وإن كان أزيد من أجرة

وإن اعتق من الزكاة فلا ضمان فيه، وكذا لو أبرأه السيد.
ولو عجز عن أداء الجميع وجب دفع ما يتمكن منه،

المنافع؛ لأنه مدفوع بامر الشارع، لا باختيار المكاتب، وأمر الشارع نشأ عن تسبيب المقر، فيكون عليه ضمان الجميع.

وحمله الشارح ولد المصنف على أن المراد به: ما يدفع من تركة مورث هذا العبد، اذا مات مورثه ولم يخلف وارثا غيره[1]، فان قيمته تدفع الى المشتري، ويسلم باقي الارث اليه -على ما سيأتي بيانه في الميراث إن شاء الله تعالى- فإن هذا المدفوع يجب ضمانه على المقر؛ لكونه ناشئاً عن رهنه اياه المفضي الى بيعه، والدافع هو الحاكم دون العبد، وإنما كان هذا مخالفا لحكم مال الكتابة، حيث لا يضمن المقر ثمّ إلا اجرة المنافع، وهذا مضمون عليه، مع كونه ليس من الأجرة.

والفرق ما قدمناه، من أن الدفع هنا بأمر الشارع الناشئ عن رهن المقر، والمدفوع هناك باختيار العبد، وعلى ما اخترناه فهذا ساقط.

قوله: (وإن أعتق من الزكاة فلا ضمان فيه).

أي: دفع مال الكتابة من الزكاة، واعتق من أول الأمر بدون الكتابة فلا ضمان في هذا اذا لم تكن هناك منافع مستوفاة، اذ لا تفويت هنا، ولم يدخل المأخوذ في ملك العبد.

ويحتمل ضمانه للاصناف؛ لأن صرفه في غير وجهه مستند الى تسبيبه، وفيه قوة.

قوله: (وكذا لو أبرأه السيد).

أي: لا ضمان هنا أيضاً، مع عدم استيفاء شيء من المنافع، أو لا ضمان في هذا المال الذي أبرأه السيد، إذ لا مال بمقتضى الإقرار، ولا إبراء.

قوله: (ولو عجز عن أداء الجميع وجب دفع ما يتمكن منه).

---

(١) ايضاح الفوائد ٢: ٤٩.

ولو كانت مشروطة فدفع القيمة لعجزه عن تمام مال الكتابة ثم استرق رجع المقر بما دفعه في التخليص.

ولو جنى على عبد المقر، أو نفسه، أو مورثه وكان عبداً، أومكاتباً أخلص منه بقدرها.

أي: لو عجز المقر عن أداء جميع مال الكتابة وجب عليه أن يدفع ما يتمكن من دفعه، إذ لا يسقط الميسور بالمعسور؛ ولأن فيه تخفيفا للأمر على العبد، وتقليلاً لدينه.

قوله: (ولو كانت مشروطة، فدفع القيمة لعجزه عن تمام مال الكتابة، ثم استرق رجع المقر بما دفعه في التخليص).

الضمير في (دفع) يعود الى المقر، وكذا في قوله: (لعجزه)، ولا يخفى أن ضمير (استرق) يعود الى المكاتب، والمعنى: أنه لو دفع القيمة لعجزه عما سواها من باقي مال الكتابة، ولا وجه لتعيين القيمة في الفرض، اذ الحكم آت في كل ما دفع من قليل وكثير، ثم استرق العبد، فان المال المدفوع لم يتبرع المقر به، ولا قضى به ديناً على العبد؛ لأن اقراره يقتضي فساد الكتابة وبراءة ذمته، وإنما حاول بهذا تخليص رقبة الحر، وافتداءه من الرقية الثابتة ظاهراً، فحيث لم يحصل رجع الى ما دفعه. ويحتمل العدم؛ لأن المشتري ملكه بالدفع اليه، على أنه من مال الكتابة، فلا يثبت الرجوع به، فان المأخوذ من الزكاة لا يستعاد لو دفع الى المكاتب المشروط، فدفعه الى مولاه، أو دفع الى المولى، فهنا أولى.

والحق أن يقال: إن له الرجوع فيما بينه وبين الله إن كان اقراره صحيحاً. وأما ظاهراً فان دفع الى المشتري ذلك، واخبره بالصورة حين الدفع فله الرجوع عليه، وكذا لو أقر بأن الدفع ماكان إلا لهذه الجهة، وإلا فلا.

قوله: (ولو جنى على عبد المقر، أو نفسه، أو مورثه وكان عبداً، أو مكاتباً خلص منه بقدرها).

من أحوال العبد المذكور: أنه لو جنى على عبد المقر، أو نفسه، أو مورثه

ولو أوصى لشخص بخدمته دائماً، ولآخر برقبته فأُعتق ضمن له أُجرة المثل لكل خدمة مستوفاة.

وكان عبداً، أو مكاتباً فانه يخلص منه ـ من سلطنة المشتري الثابتة عليه ظاهراً ـ مقدار ما أوجبته الجناية، فيسقط حينئذ عن المقر وجوب تخليص ذلك القدر، ويسعى في تخليص مابقي إن بقي منه بعد الجناية بقية.

وهذا لا يستقيم على اطلاقه، بل إنما يكون ذلك في الجناية عمداً إن لم يقتص ورضي بالاسترقاق، أو خطأ وسلمه المشتري فلم يفده، فانه حينئذ يتسلط على تملكه بمقتضى الجناية، فتنقطع سلطنة المشتري عنه، فيسقط وجوب تخليصه لحصوله بذلك، لكن لا يسقط ما وجب عليه من مال، أو قصاص.

فلو ثبت له عليه أُجرة منافع تقاصا، حيث تجتمع شروط التقاص، ولو فداه المشتري في الخطأ سقطت المطالبة بالجناية، ولا يجوز له أخذ عوض الجناية، إلا أن يخبره بالحال، ويدفع اليه تبرعاً، ومتى لم يخلص بالجناية، فوجوب التخليص بحاله.

ولا يخفى أن جنايته على مورث المقر إنما تسقط وجوب التخليص، اذا مات وورثه المقر قبل الاستيفاء، والتقييد بكونه عبداً أو مكاتبا، لان وجوب التخليص في هاتين الحالتين، اذ لو كان حراً لم يعقل وجوب تخليصه، والضمير في قوله: (بقدرها) يعود الى الجناية المذكورة في قوله: (جنى) ضمناً.

قوله: (ولو اوصى لشخص بخدمته دائماً، ولآخر برقبته، فاعتق ضمن له اجرة المثل لكل خدمة مستوفاة).

من احوال العبد المذكور: أنه لو لم يفتكه المقر، وأوصى المشتري بخدمته دائماً، ولآخر برقبته، فاعتق الرقبة الموصى له بها، فإن المقر يضمن له أجرة المثل لكل خدمة مستوفاة، وعلى ما اخترناه من ضمان أكثر الأمرين يضمن له كل ما استوفي منه، مما له قيمة من خدمة، وغيرها.

ولو مات عبداً ضمن لوارثه الحر أجرة منافعه المستوفاة، وما وصل الى مولاه من كسبه، ولو اعتقه فأخذ كسبه بالولاء ضمنه للامام.

ولو انتقل الى مورث المقر فأعتقه في كفارة، أو نذر غير معين وحاز المقر التركة، أو بعضها اخرج الكفارة أو النذر.

ولا يزاحم الديون والوصايا مع التكذيب.

قوله: (ولو مات عبداً ضمن لوارثه الحر أجرة منافعه المستوفاة، وما وصل الى مولاه من كسبه).

أي: لو مات العبد، وقد أوصى به على ما سبق قبل أن يعتق ـ ويمكن أن يكون هذا فرعاً برأسه منقطعاً؛ لصحته على كل من التقديرين ـ ضمن لوارثه الحر الذي لا مانع له من الإرث، ولو سكت عن قوله: (الحر) لم يضر؛ لأن العبد لا يعد وارثاً.

والتقييد بـ(الحر) لا يكفي في كونه وارثاً اجرة منافعه المستوفاة على ما سبق، وما وصل الى مولاه من كسبه، وهذا الحكم لا يجري إلا على القول بضمان أكثر الأمرين.

قوله: (ولو اعتقه فأخذ كسبه بالولاء ضمنه للامام).

من أحوال هذا العبد: أن المشتري، أو الموصى له برقبته لو اعتقه تبرعاً، بحيث ثبت له عليه الولاء ظاهراً، فاخذ كسبه بالولاء إرثاً ضمنه المقر للامام، اذا كان المقر قد اعتقه سائبة، اذ لو اعتقه تبرعا كان الولاء له، ولا يغرم لنفسه، فلا يتصور ضمان إلا في السائبة، وإطلاقه ضمان الكسب للامام يتخرج على ضمان أكثر الأمرين، وإلا ضمن اجرة المنافع خاصة.

قوله: (ولو انتقل الى مورث المقر، فأعتقه في كفارة، أو نذر غير معين، وحاز المقر التركة أخرج الكفارة أو النذر، ولا يزاحم الديون والوصايا مع التكذيب).

من أحوال هذا العبد: انه لو انتقل الى مورث المقر، فاعتقه في كفارة، أو

ولو استولدها المشتري لم يحسب على الولد نصيب المقر لو كان وارثاً،

نذر عتق غير معين ـ واحترز به عما لو كان نذر العتق معيناً بأن نذر عتقه بخصوصه ـ فانه كما أن العتق باطل فكذا النذر؛ لتعلقه بعينه، وهو مفروض الحرية.

أما اذا كان النذر غير متعلق بعينه فانه يلزم، ولا يجزئ اعتاقه؛ لكونه حراً بزعم المقر الذي هو الوارث، أو أحد الورّاث. فاذا مات مورث المقر، وحاز التركة، أو بعضها اخرج الكفارة، أو النذر مما في يده؛ لبقائها في ذمة مورثه.

ولو أن مورثه قضى بالعبد المذكور بعض الحقوق الواجبة عليه، كأن أعتقه من زكاته الواجبة عليه وجب عليه اخراج تلك الزكاة أيضاً.

وقوله: (ولا يزاحم الديون والوصايا مع التكذيب) معناه: أنه لو كان على المورث ديون، أو أوصى لجماعة بوصايا لم تزاحم هذه الكفارة ونذر العتق تلك الديون والوصايا، مع تكذيب أرباب الديون والموصى لهم، لو ضاقت التركة لنفوذ العتق ظاهراً، فلا يقبل اقرار المقر عليهم، وتصرف جميع التركة في الديون، وتبقى الكفارة والنذر في ذمة الميت.

ولو أمكن أن يقتطع من التركة ما يقتضيه التقسيط للكفارة والنذر، بحيث لا يعلم أرباب الديون فليس ببعيد وجوبه.

أما الوصايا، فان تصوير المسألة فيها بحيث تستوعب التركة، ولا تزاحمها الكفارة والنذر ونحوهما، ولا ينفذ اقرار المقر على اربابها مشكل، فانها من الثلث، فلابد أن تبقى بعدها بقية، فيصرف في النذر والكفارة.

نعم قد يتصور قصور الباقي، فلا يزاحم في الثلث. ولا يقال: إنه قد تتصور اجازة الورثة الوصايا، فتستوعب التركة؛ لعدم جواز هذه الاجازة منه، إلا أنه قد يتصور وقوعها منه، فيؤاخذ بها ظاهراً.

قوله: (ولو استولدها المشتري لم يحسب على الولد نصيب المقر لو كان وارثاً).

ولا يحسب من مال المشتري بالنسبة الى المقر، فلا يخرج ما أوصى له المشتري به منه، إلا في أخذه في دينه لو دفع اليه فيعتق عليه.

أي: لو كان المملوك الذي أقر الراهن بسبق عتقه أمة، وانتقلت الى المشتري، فاستولدها، ومات، وكان المقر وارثا له، فان نصيبه من المستولدة على تقدير الرق لا يحسب على الولد من نصيبه من التركة؛ لاعترافه بكونها حرة.

قوله: (ولا يحسب من مال المشتري بالنسبة الى المقر، فلا يخرج ما أوصى له به منه، إلا في أخذه في دينه لو دفع اليه، فينعتق عليه).

من أحوال هذا العبد: أنه لو كان مشتريه قد مات، وأوصى للمقر المذكور بشيء من أمواله، ولم يجز الوارث، فاحتيج الى معرفة قدر الثلث، لتخرج منه الوصية لا يحسب ذلك العبد من التركة؛ لأنه حر باقرار الموصى له، فلا يستحق باعتباره شيئاً من الوصية، إذ التركة بمقتضى اقراره ما عدا العبد، فيكون له بحساب الثلث ما سواه.

ولو كان ما أوصى له به المشتري ديناً عليه، فدفع اليه عن دينه وجب القبول، فيعتق عليه حينئذ بمقتضى اقراره.

فإن قلت: إنما يجب قبول المدفوع عن الدين اذا ساواه جنساً وقدراً، فكيف يجب قبول العبد؟

قلت: يمكن فرض المساواة، كما لو كان الدين عبداً ثبت بالسلف، وطابق الواجب ما في الذمة، ويجب أيضاً قبوله لو انحصر طريق تخليصه من الرق في قبوله عن الدين، لا إن أمكن تخليصه بوجه آخر، فاطلاق بعض الشارحين وجوب القبول لا يخلو من شيء.

اذا عرفت ذلك، فقوله: (فلا يخرج ما أوصى له به منه) المتبادر منه: أن ما أوصى به المشتري للمقر لا يخرج من العبد، فان الضمير الأول للمقر، والثاني للوصية وهي: (ما...)، والثالث للعبد.

ولا محصل له؛ لأنه لو أوصى له بعبد يختاره الوارث، فدفع اليه هذا العبد لم يكن له الامتناع بعد قبول الوصية، خصوصاً اذا توقف تخليصه على القبول، فانه

ولو اعترفا بقبض العدل الرهن لم يضر إنكاره في اللزوم إن شرطناه.

ولو اعترف أحدهما خاصة فالقول قول المنكر، ولا تقبل شهادة العدل عليه.

ولو قال المالك : بعتك السعلة بألف، فقال: بل رهنتها عندي

يجب قطعاً، ويحسب من مال المشتري على هذا التقدير، فلا تخلو العبارة من شيء، إلا أن ينزل من على معنى السببية، وفيه ما لا يخفى.

وليس الاستثناء منقطعاً؛ لأنه مما دل عليه قوله: (ولا يحسب من مال المشتري بالنسبة الى المقر)، فكأنه قال: لا يحسب منه في حال، إلا في أخذه من دينه، على تقدير دفعه. وعبارة الكتاب خالية من الدلالة على وجوب القبول؛ لأن كونه في حال الأخذ عن الدين محسوباً مالاً لا يستلزم وجوب الاخذ.

قوله : (ولو اعترفا بقبض العدل الرهن لم يضر انكاره في اللزوم إن شرطناه).

أي: لو اعترف كل من الراهن والمرتهن بقبض العدل عن المرتهن باذن الراهن، وانكر هو لم يضر انكاره في صحة الرهن ولزومه؛ لأن تصديقه لا أثر له في ذلك ، إذ المعتبر إقرارهما، وهذا على تقدير اشتراط القبض في لزوم الرهن.

قوله : (ولو اعترف أحدهما خاصة فالقول قول المنكر).

فان كان هو الراهن فلا بدّ من اليمين لنفي دعوى المرتهن، وإن كان المرتهن انتفى بغير يمين، لأن الحق له.

قوله : (ولا تقبل شهادة العدل عليه).

اي: على المنكر، لأن الفرض كونه وكيلاً في القبض الذي به لزوم الرهن، ولا تقبل شهادة الوكيل فيما هو وكيل فيه.

قوله : (ولو قال المالك : بعتك السلعة بألف، فقال: بل رهنتها

بها فالقول قول كل منها في العقد الذي ينكره بعد اليمين، ويأخذ المالك سلعته.

المقصد الثالث: في الحجر:

وهو المنع عن التصرف، وأسبابه ستة: الصغر، والجنون، والرق، والمرض، والسفه، والفلس. فهنا فصول:

الأول: في الصغر: ويحجر عليه في جميع التصرفات، ويعتد باخباره عن الاذن في فتح الباب، والملك عند ايصال الهدية، وإنما يزول الحجر عنه بأمرين: البلوغ، والرشد. أما البلوغ فيحصل بأمور:

أ: انبات الشعر الخشن على العانة، سواء كان مسلما أو كافراً، ذكراً أو أنثى.

عندي بها، فالقول قول كل منها في العقد الذي ينكره [بعد اليمين][1] ويأخذ المالك سلعته).

الحاصل أنّ كلّ واحد منها مدعٍ لشيء ينكره الآخر، فيتحالفان، ويندفع كلّ من العقدين المدعى بها، فيأخذ المالك سلعته.

قوله: (المقصد الثالث: في الحجر: وهو: المنع عن التصرف، وأسبابه ستة: الصغر، والجنون، والرق، والمرض، والسفه، والفلس، فهنا فصول: الأول: الصغر: ويحجر عليه في جميع التصرفات، ويعتد باخباره عن الاذن في فتح الباب، والملك عند إيصال الهدية، وإنما يزول الحجر عنه بأمرين: البلوغ والرشد، أما البلوغ فيحصل بأمور: أ: إنبات الشعر الخشن على العانة، سواء كان مسلماً أو كافراً، ذكراً أو أنثى).

ردّ بذلك على الشافعي في أحد قوليه[2]، حيث لم يحكم بالبلوغ به في حق المسلمين.

---

(١) لم ترد في «م» و«ق»، وأثبتناها من خطية القواعد لاقتضاء الشرح لها.

(٢) الوجيز ١: ١٧٦، السراج الوهاج: ٢٢٩-٢٣٠.

والأقرب انه أمارة ولا اعتبار بالزغب ، ولا الشعر الضعيف ، ولا شعر الابط.

ب: خروج المني الذى يكون منه الولد من الموضع المعتاد، سواء الذكر والأنثى.

قوله : (والأقرب أنه أمارة).

وجه القرب: أن الحجر مستمر في حق الصبي إلى أن يحتلم، كما دل عليه الحديث[١] ، فلو كان الانبات بلوغاً بنفسه لم يكن الحجر مستمراً إلى الاحتلام، فتعين أن يكون أمارة. ويحتمل كونه بلوغاً، لترتب أحكام البلوغ عليه، وضعفه ظاهر.

قوله : (ولا اعتبار بالزغب).

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

في الجمهرة: الزغب: هو الريش الذي ينبت على الفرخ قبل ريشه، والشعر الضعيف الذي ينبت قبل الشعر الخشن.

قوله : (خروج المني الذي يكون منه الولد).

المراد: الذي من شأنه أن يتولد منه الولد غالباً وإن تخلف في بعض الأحوال لعارض، والمراد به: الماء الدافق الذي تقارنه الشهوة.

قوله : (من الموضع المعتاد).

فلو خرج من جرح أو نحوه ـ ومنه أحد فرجي المشكل ـ لم يكن بلوغاً، لوجوب حمل إطلاق الشارع على المعهود.

قوله : (سواء الذكر والانثى).

خلافا للشافعي ، حيث أنكر في أحد قوليه كونه بلوغاً في حق النساء[٢] .

---

(١) الكافي ٧: ١٩٧ حديث ١.

(٢) الأم ٣: ٢١٥، شرح الكبير (مع المغني لابن قدامة) ٤ : ٥٥٨.

ج: السن، وهو بلوغ خمس عشرة سنة في الذكر هلالية، وتسع في الأنثى. وفي رواية اذا بلغ الصبي عشراً بصيراً جازت وصيته وصدقته واقيمت عليه الحدود التامة، وفي اخرى خمسة أشبار.

د: الحيض والحمل دليلان على سبقه، ولا يعرف الحمل إلا

قوله: (السن).

وهو: دليل البلوغ عندنا، وبه قال جماهير العامة، حكاه في التذكرة[١].

قوله: (وهو: بلوغ خمس عشرة سنة في الذكر ـ هلالية ـ وتسع في الأنثى).

لابدّ من استكمال السنة الأخيرة، فلا يكفي الطعن فيها، عملاً بالاستصحاب وفتوى الأصحاب، ولأنه لا يقال له: ابن خمس عشرة سنة إلّا بالاستكمال.

قوله: (وفي رواية: إذا بلغ الصبي عشراً جازت وصيته وصدقته وأُقيمت عليه الحدود التامة، وفي أُخرى: خمسة أشبار).

الأولى: إشارة إلى صحيحة عبدالرحمن بن أبي عبدالله عن الصادق عليه السلام[٢]، ورواية زرارة عن الباقر عليه السلام[٣]، وفي معناهما غيرهما[٤].

والثانية: إشارة إلى رواية السكوني عن الصادق عليه السلام، عن أمير المؤمنين عليه السلام[٥].

والمراد من قوله: (أُقيمت عليه الحدود التامة) أنه بعد بلوغ العشر يستوفى منه الحد بكماله، وبدونه إنما يضرب للتأديب، وذلك بعض الحدّ.

---

(١) التذكرة ٢: ٧٤.

(٢) الكافي ٧: ٢٨ حديث ٣، الفقيه ٤: ١٤٥ حديث ٥٠١.

(٣) الفقيه ٤: ١٤٥، ١٦٤ حديث ٥٠٢، ٥٧٣.

(٤) الفقيه ٤: ١٤٥ حديث ٥٠٣

(٥) الكافي ٧: ٣٠٢ حديث ١، التهذيب ١٠: ٢٣٣ حديث ٩٢٢، الاستبصار ٤: ٢٨٧ حديث ١٠٨٥.

بالوضع، فيحكم حينئذ بالبلوغ قبل الوضع بستة أشهر وشيء. والخنثى المشكل إن أمنى من الفرجين، أو حاض من فرج النساء وأمنى من الآخر حكم ببلوغه، وإلا فلا.

وأما الرشد: فهو كيفية نفسانية تمنع من افساد المال، وصرفه في غير الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء.

ولا تعتبر العدالة، ويعلم باختباره بما يناسبه من التصرفات، فاذا

قوله : (والخنثى المشكل إن أمنى من الفرجين، أو حاض من فرج النساء وأمنى من الآخر حكم ببلوغه، وإلّا فلا).

لو أمنى من فرج الرجال بعد تسع حيث يكون احتلام الذكر ممكناً، وجب أن يحكم بالبلوغ، لأنه إن كان امرأة فقد استكمل التسع، وإن كان رجلاً فقد أمنى ؛ فيرد على قوله: (وإلّا فلا).

قوله : (وأما الرشد، فهو: كيفية نفسانية تمنع من إفساد المال وصرفه في غير الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء).

لابدّ في الكيفية من أن تكون ملكة ثابتة يعسر زوالها، ولا بدّ في الافساد من اعتباره في نظر العقلاء، فالافراط في المعروف لا ينافي الرشد وإن تجاوز القدر الممدوح، وربما عد إفساداً، ولعل قوله: (وصرفه في غير الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء) كالتفسير لإفساد المال.

قوله : (ولا تعتبر العدالة).

خلافا للشيخ[1] رحمه‌الله، تعويلاً على دلائل ضعيفة، مثل ظاهر قوله تعالى: (فان آنستم منهم رشداً)[2] فان الفسق غيّ لا رشد.

قوله : (ويعلم باختباره بما يناسبه من التصرفات).

أي: ويعلم الرشد باختبار الصغير، ذكراً كان أو أنثى، بدليل ما سيأتي

---

(١) المبسوط ٢: ٢٨٤.

(٢) النساء: ٦.

عرف منه جودة المعاملة وعدم المغابنة إن كان تاجراً، والمحافظة على ما يتكسب به، والملازمة إن كان صانعاً وأشباه ذلك في الذكر، والاستغزال والاستنساج في الانثى إن كانت من أهلها، واشباهه، حكم

من قوله: (وأشباه ذلك في الذكر، والاستغزال والاستنساج في الأنثى) إذ هو المحدث عنه بما يناسبه من التصرفات، فان الغالب أن يكون للشخص استعداد ما يناسبه ويلائم حاله دون ما عداه.

ولا تكفي المرة، بل لابدّ من التكرار مراراً تحصل بها غلبة الظن، كما نص عليه في التذكرة[1]، إذ الملكة لا يعرف حصولها بمرة.

واعلم: أن الذي صرّح به المصنف في التذكرة[2] والارشاد[3] والتحرير[4]: أنّ محل الاختبار قبل البلوغ، لقوله تعالى: (وابتلوا اليتامى)[5] والبالغ لا يعد يتيماً، وقوله تعالى: (حتى إذا بلغوا النكاح)[6] معناه -والله اعلم-: مدة الابتلاء تمتد إلى بلوغ النكاح، ولأنه لو كان الاختبار بعد البلوغ لم يؤمن معه الحجر على البالغ الرشيد، وهو ظلم محرم، فيجب التحفظ عنه، ولا يكون إلا بالاختبار قبل البلوغ، وعبارة الكتاب يلوح منها ذلك، لأن الضمير في قوله: (باختباره) يعود إلى الصغير، كما يقتضيه السياق، فيكون ماهنا مطابقاً للباقي، وهو الذي يتعين القول به.

قوله: (واشباه ذلك في الذكر).

فلو كان من أولاد الدهاقين والوزراء والأكابر الذين يصانون عن الاسواق، فان اختباره بأن تسلّم اليه نفقة مدة كشهر، لينفقها في مصالحه، فان وجدقيماً بذلك يصرفها في مواضعها، ويستوفي الحساب على وكيله ويستقصي

---

(١) التذكرة ٢: ٧٨.

(٢) المصدر السابق.

(٣) الارشاد: ١٣١ (مخطوط).

(٤) التحرير ١: ٢١٨.

(٥) النساء: ٦.

(٦) النساء: ٦.

بالرشد، وفي صحة العقد حينئذ اشكال.

عليه، فهو رشيد.

قوله: (وفي صحة العقد حينئذ إشكال).

أي: الواقع حين الاختبار والأمر بايقاعه [و][١] حمل كل من الشارحين عبارة المصنف على كون العقد الواقع للاختبار بعد بلوغه[٢]، واستثنى منه ولد المصنف ما إذا علم رشده حال العقود، فانّها صحيحة قطعاً، وخصّ الاشكال بما إذا ظهر عدم رشده، أو لم يظهر شيء منها[٣]. ويظهر من عبارة الشارح الآخر عموم الاشكال للمسائل الثلاث[٤]، وهذا غريب عجيب، فان العلم بكون العاقد رشيداً ليس شرطاً لصحة العقد قطعاً، إنما الشرط كونه رشيداً في الواقع.

ثم إنّ عقد السفيه صحيح إذا أجازه الولي وكان بالغاً ـ كما سيأتي عن قريب ان شاء الله تعالى ـ فأي وجه للاشكال فيما إذا أذن له الولي ابتداء؟

والذي يقتضيه صحيح النظر وسوق العبارة: أن الاشكال في العقد الواقع للاختبار قبل البلوغ، وهو المطابق لما في الشرائع، حيث قال: يختبر الصبي قبل بلوغه، وهل يصح بيعه؟ الأشبه أنه لا يصح[٥]. وفي التحرير: وقت الاختبار قبل البلوغ مع التميز، ومع إذن الولي يصح تصرفه وبيعه[٦].

وعلى هذا فمنشأ الاشكال: من أنّ الأمر بالابتلاء يقتضي كون الفعل الصادر من الصبي معتبراً، خصوصاً على القول بأن أفعال الصبي شرعية (ومن أن الصغر مانع من الصحة، وأفعال الصبي واقواله غير شرعية)[٧] كما هو مبين

---

(١) لم يرد في الخطيتين، وأثبتناه لضرورة السياق.

(٢) ايضاح الفوائد ٢: ٥٢، ونقل السيد العاملي قول الشارح الثاني ـ وهو السيد عميد الدين ـ في مفتاح الكرامة ٥: ٢٥٠.

(٣) ايضاح الفوائد ٢: ٥٢.

(٤) حكاه السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٥: ٢٥١.

(٥) شرائع الاسلام ٢: ١٠٣.

(٦) التحرير ١: ٢١٨.

(٧) ما بين القوسين لم يرد في «ق».

ولا يزول الحجر بفقد أحد الوصفين وإن طعن في السن، ويثبت الرشد في الرجال بشهادتهم، وفي النساء بها و بشهادتين. وصرف المال الى وجوه الخيرات ليس بتبذير، وصرفه الى الأغذية النفيسة التي لا تليق

في موضعه، والأمر بالابتلاء لا يستلزم أزيد من كون ما به الابتلاء معتبراً في إفادة الرشد وعدمه، فلا يقتضي ترتب أثرٍ آخر عليه، وليس هذا الاشكال ببعيد مما سيأتي في كلام المصنف من التردد في صحة بيع المميز.

والأصح بطلان العقد الواقع قبل البلوغ، ولو اعتبرنا ما ذكره الشارحان في حل العبارة، فالبيع الواقع بعد البلوغ صحيح على كل حال.

فائدة: يظهر رشد المختبر بجريان التصرف على قانون تصرفات العقلاء، فيتبين وقوع ذلك التصرف في حال الرشد، لأن الرشد ملكة، وهي لا تحدث في الزمان القصير، للقطع بأنها إنما تكون بالتمرن المستفاد من تكرار الفعل في الأوقات المتطاولة.

قوله: (ولا يزول الحجر بفقد أحد الوصفين).

أي: بفقد الصغر وعدم الرشد، إذ لا بدّ منها في زوال الحجر، ولابدّ في حمل الوصفين على الصغر وعدم الرشد من العناية، لأن عدم الرشد لم يجر له ذكر، ومعنى قوله: (وإن طعن في السن) ذهابه فيه على نحو قولهم: طعن في المفازة، أي: ذهب فيها، والمراد: أنه لو صار شيخاً، وهذه حالته فحجره باق.

قوله: (وصرف المال إلى وجوه الخيرات ليس بتبذير).

ظاهر إطلاقه أنه لا فرق بين الافراط في ذلك وعدمه، ولا بين كون ذلك لائقاً بحاله أولا، وظاهر كلامه في التذكرة[١] أن الثاني تبذير، لقوله تعالى: (ولا تبسطها كلّ البسط فتقعد ملوماً محسوراً)[٢]، ولا دلالة في النهي على كون ذلك تبذيراً، وربّما فرّق فارق بين كون هذا الفعل قبل زوال الحجر وبعده.

---

(١) التذكرة ٢: ٧٦.

(٢) الاسراء: ٢٩.

بحاله تبذير. وولي الصبي أبوه، أو جده لأبيه وإن علا، ويشتركان في الولاية فإن فقدا فالوصي، فإن فقد فالحاكم. ولا ولاية للأُم، ولا لغيرها من الأخوة، والأعمام، وغيرهم عدا من ذكرنا.

وإنما يتصرف الولي بالغبطة، فلو اشترى لا معها لم يصح، ويكون الملك باقيا للبائع.

والوجه ان له استيفاء القصاص، والعفو على مال لا مطلقاً، ولا

قوله: (وولي الصبي أبوه وجدّه لأبيه وإن علا، ويشتركان في الولاية).

الظاهر أن لكلّ منهما أن يتصرف بالاستقلال، لثبوت الولاية، والأصل عدم اشتراط الانضمام، وهل يكون للجد الأعلى مع وجود الأدنى ولاية؟ فيه نظر، قال في التذكرة: حكم الجد أولى لو عارضه الأب[1].

قوله: (والوجه أنّ له استيفاء القصاص).

لأن له أهلية التصرف، والفرض وجود الغبطة، وقال الشيخ: ليس له، لأنه للتشفي وهو منتف[2]. والأصح الأول، لأنه ربما ظهرت علامات موته، وليس بظاهر انتفاء التشفي في الجملة إذا بلغ الطفل إدراك ذلك وعلم بفعل الولي.

قوله: (والعفو على مال لا مطلقاً).

أي: ليس له العفو مطلقا غير مقيد بالمال، لانتفاء الغبطة في ذلك، وقال في التذكرة، وإن عفا مطلقاً فالأقرب اعتبار المصلحة أيضاً، فان كانت المصلحة في العفو مجاناً اعتمدها، كما ان له الصلح ببعض ماله مع المصلحة[3]، وما قرّبه قوي متين.

---

(١) التذكرة ٢: ٨٠.

(٢) المبسوط ٧: ٥٥، الخلاف ٣: ١٠٤ مسألة ٤٣ كتاب الجنايات.

(٣) التذكرة ٢: ٨٢.

يعتق عنه إلا مع الضرورة، كالخلاص من نفقة الكبير العاجز، ولا يطلق عنه بعوض ولا غيره، ولا يعفو عن الشفعة إلا لمصلحة، ولا يسقط مالاً في ذمة الغير، وله أن يأكل بالمعروف مع فقره، وأن يستعفف مع الغنى.

والوجه انه لا يتجاوز أجرة المثل، ويجب حفظ مال الطفل واستنماؤه قدراً لا تأكله النفقة على اشكال، فإن تبرّم الولي به فله أن يستأجر من يعمل.

قوله: (ولا يطلق عنه).

إجماعا، اذ لا مصلحة في ذلك.

قوله: (ولا يسقط مالا في ذمة الغير).

الّا مع المصلحة.

قوله: (وله أن يأكل مع فقره، وأن يستعفف مع الغنى).

ظاهر العبارة أن الاستعفاف موكول إليه، والأصح أنه واجب، لظاهر الآية [١].

قوله: (والوجه أنه لا يتجاوز أجرة المثل).

لأنه أجرة عمل غير متبرع به، ويحتمل جواز الأكل وإن زاد عن الأجرة، لظاهر الآية [٢]، وهو قول الشيخ [٣]. والأصح جواز أقل الأمرين من الأجرة وقدر الحاجة، لوجوب الاستعفاف مع الغنى لو اكتفى بأقل من الأجرة، وعدم جواز مازاد على مقابل العمل، لأن الاستحقاق إنما هو في مقابله.

قوله: (واستنماؤه قدراً لا تأكله النفقة على إشكال).

ينشأ: من أن ذلك اكتساب مال الطفل ولا يجب، ومن أن ذهاب ماله في النفقة ضرر عظيم، وفائدة نصب الولي دفع الضرر. وربما بني الحكم على أن الواجب الأصلح، أم تكفي المصلحة، والأصح عدم الوجوب.

قوله: (فإن تبرم الولي به فله أن يستأجر من يعمل).

(١، ٢) النساء: ٦.

(٣) قاله في المبسوط ٢: ٢٨٧، والنهاية: ٣٦١.

ويستحب له البيع اذا طلب متاعه بزيادة مع الغبطة، وكذا يستحب شراء الرخيص،

في الصحاح: برم به إذا سئمه، وتبرّم به مثله، وأبرمه أي: أملّه وأضجره[1].

قوله: (ويستحب له البيع إذا طلب متاعه بزيادة مع الغبطة، وكذا يستحب شراء الرخيص).

في بعض النسخ عوض (يستحب) يجب في الموضعين، وفي حواشي شيخنا الشهيد أنها متوجهان، لتردده في الاستنماء بين الوجوب والاستحباب، فجاز كلّ من الأمرين هنا، لأن ذلك استنماء.

قلت: هذا العذر لا يجدي، لأن ما سبق تردد، وما هنا فتوى وجزم، فالمخالفة ثابتة.

نعم قد يقال: هو رجوع عن التردد إلى الجزم وإن قرب ما بينهما. وقد يقال -في الاعتذار لنسخة الاستحباب مع التردد السابق-: أن الاستنماء على تقدير وجوبه لا يستدعي أزيد من مراعاة حصول زيادة لا تذهب مال الطفل معها بالنفقة، أما البيع في وقت مخصوص والشراء على وجه معين فلا.

وعلى تقدير الوجوب، إنّ التردد في الاستنماء الذي يحتاج إلى توجه وسعي لتحصيل النماء، أما ما حصل بغير تكلف وسعي فانه واجب لا محالة.

وكيف كان فنسخة الاستحباب أوجه، إلّا في شراء الرخيص على بعض الوجوه، فانّ العدول عنه إلى شراء الغالي لا يجوز قطعاً، لكن هذا كالمستغنى عنه باشتراطه المصلحة في تصرفات الولي، وهي منتفية عن مثل هذا، فلعل المراد بـ(شراء) حيث لا يكون حتما، أو لا يلزم العدول إلى الغالي، أو تحمل العبارة على استحباب السعي في شراء الرخيص.

---

(١) الصحاح (برم) ٥: ١٨٦٩.

مركز تحقيقات كامپيوتري علوم اسلامي

وإذا تبرع أجنبي بحفظ مال الطفل لم يكن للأب أخذ الأجرة على اشكال.

وله أن يرهن ماله عند ثقة لحاجة الطفل، والمضاربة بماله، وللعامل ما شرط له.

وهل للوصي أن يتجر بنفسه مضاربة؟ فيه اشكال، ينشأ: من أن له الدفع الى غيره فجاز لنفسه، ومن أن الربح نماء مال اليتيم فلا يستحق عليه إلا بعقد.

ولا يجوز أن يعقد الولي المضاربة مع نفسه،

قوله: (وإذا تبرع أجنبي بحفظ مال الطفل، لم يكن للأب أخذ الأجرة على إشكال).

ينشأ: من وجود المتبرع، فالعدول عنه إلى من يطلب الأجرة ضرر مناف للغبطة والمصلحة، ومن إطلاق الآية بالأكل مع الحاجة، فيتناول صورة النزاع، ولأن للأب مزيد شفقة وحنو ليس للأجنبي، والعدول إلى ما فيه زيادة الشفقة وإن كان معه أجرة لا يعدّ ضرراً، ولثبوت ولايته بالأصالة، وهو الأصحّ.

قوله: (وهل للوصي أن يتجر بنفسه مضاربة؟ فيه إشكال، ينشأ: من أن له الدفع إلى غيره فجاز لنفسه، ومن أن الربح نماء مال اليتيم فلا يستحق عليه إلا بعقد، ولا يجوز أن يعقد الولي المضاربة مع نفسه).

توضيح الوجه الأول: أن جواز الدفع إلى غيره جائز مع المصلحة، وإنما جاز لكونه منوطاً بنظره، فاذا كان بيده كان أدخل في الحفظ وأقرب إلى مقتضى الوصية، فيكون جوازه بطريق أولى.

ويرد عليه: أنه لابدّ في الجواز من تناول الاذن له، والمتبادر من الاذن في عقد المضاربة الدفع إلى آخر.

ويجاب: بأن الوصية إليه إسناد التصرف إلى رأيه، وهو يعمّ ذلك.

مركز تحقيقات كامپيوتري علوم اسلامي

ويجوز إبضاع ماله، وهو أن يدفع الى غيره و الربح كله لليتيم، وأن يبني له عقاراً أو يشتريه.

ولا يجوز له بيع عقاره إلا للحاجة، ويجوز كتابة رقيقه وعقه على مال مع الغبطة، وخلطه مع عياله في النفقة،وينبغي أن يحسب عليه أقل،

وتوضيح الوجه الثاني: أن الأصل في نماء المال أن يكون لمالكه، فلا يخرج عنه ويستحق عليه الآخر إلا بعقد يقتضيه، ولا يعقد الولي لنفسه، إما لأن العقد يقتضي متعاقدين، أو لأنه لابدّ من الاذن في ذلك.

ويجاب عن الأول: بأن المتعاقدين يكفي حصولها بالقوة وتغايرهما بالاعتبار. وعن الثاني: بما قدمناه، من أنّ إسناد التصرف بالوصية يتناول كلّ تصرف بالمصلحة.

قوله: (ويجوز إبضاع ماله، وهو: أن يدفع إلى غيره والربح كلّه لليتيم).

البضاعة: طائفة من مالك تبعثها للتجارة، ذكره في الصحاح[1]، وجواز ذلك منوط بالمصلحة، ولا فرق في ذلك بين أن يكون المتجر بمال الطفل متبرعاً، أو بالأُجرة مع المصلحة.

قوله: (وأن يبني له عقاراً ويشتريه).

أي: وأن يشتريه، مبنياً كلّ ذلك مع المصلحة.

قوله: (وخلطه مع عياله في النفقة، وينبغي أن يحسب عليه أقل).

أي: أقل ما يحتاج اليه، وهذا الحكم على الاستحباب، لأن الواجب هو أن لا يزيد عليه.

---

(١) الصحاح (بضع) ٣: ١١٨٦.

وجعله في المكتب بأُجرة، أو في صنعة، وقرض ماله اذا خشي تلفه من غرق، أو نهب، وشبهه فيأخذ عليه رهناً بحفظ قيمته فإن تعذر أقرضه من الثقة.

ولا يجوز قرضه مع الأمن، ولو احتاج الى نقله جاز اقراضه خوفاً من الطريق، وكذا لو خاف تلفه بتطاول مدته ولم يتمكن من بيعه، أو تعيبه كتسويس التمر، وعفن الحنطة.

قوله : (وقرض ماله إذا خشي تلفه من غرق أو نهب وشبهه، فيأخذ عليه رهناً لحفظ قيمته، فان تعذر أقرض من الثقة).

ولا يبعُد وجوب الاقراض إذا ظهرت امارات حصول التلف، واذا قلنا: انّ أداء الدين من الوكيل به بغير إشهاد تفريط، يلزم القول بوجوب الاشهاد هنا حذراً من التفريط، وكما يجوز ذلك للوصي يجوز للحاكم مع عدمه، بل أولى، وكذا يجوز لعدول المؤمنين مع عدمها، ولا ضمان في مواضع الجواز.

قوله : (ولو احتاج الى نقله جاز إقراضه خوفاً من الطريق).

فيقرضه من الثقة الملي، وليكن إقراضه في هذه الحالة على قصد حفظه، والفرق بين هذه والتي قبلها: أنّ الاقراض هناك من غير سفر مع ظهور علامات الخوف، والاقراض هنا لأن الطريق مظنة السارق وقاطع الطريق ونحوهما، وإن كانت امارات الأمن موجودة، إذ لا يجوز السفر مع امارات الخوف.

قوله : (وكذا إن خاف تلفه بتطاول مدته ولم يتمكن من بيعه).

أي: وكذا يقرضه من الثقة الملي لو خاف تلفه بتطاول مدته ونحو ذلك إذا لم يتمكن من بيعه.

قوله : (أو تعيّبه كتسويس التمر وعفن الحنطة).

معطوف على (تلفه)، أي: وكذا إن خاف تعيّبه وإن لم يخف التلف يقرض من الثقة.

ولو أراد الولي السفر كان له اقراضه، فإن تمكن من أخذ الرهن وجب وإلا فلا. وللأب الاستنابة فيما يتولى مثله فعله، والأقرب في الوصي ذلك.

ويقبل قول الولي في الانفاق بالمعروف على الصبي، أو ماله،

قوله: (ولو أراد الولي السفر كان له إقراضه).

ولا يجوز له في هذه الحالة نقله، لأن الطريق مظنة العطب، إلا مع الحاجة، وجواز القرض هنا غير مشروط بالخوف، إذ سفر الولي معرض المال للضياع، فيجوز إقراضه.

قوله: (فإن تمكن من أخذ الرهن وجب وإلّا فلا).

أي: إن تمكن من أخذ الرهن في جميع ما سلف وجب، وبدونه يكون مفرّطا، وإلّا سقط.

قوله: (وللأب الاستنابة فيما يتولّى مثله فعله).

لأن ذلك مما جرت العادة بمثله، ولا يعدّ بذلك مقصراً.

قوله: (والأقرب في الوصي ذلك).

وجه القرب: أنه قائم مقام الأب، فيجوز له ما يجوز له، ولما قلناه من جريان العادة بالاستنابة في مثله، وهو الأصح. أما مالا يقدر مثله على فعله، أو لم تجر العادة بتولي مثله له، فانه تجوز الاستنابة له قطعاً.

قوله: (ويقبل قول الولي في الانفاق بالمعروف على الصبي أو ماله).

أي: أو في الانفاق على ماله، وإنما يقبل قوله باليمين، نص عليه في التذكرة[1]، ولانه مدّعٍ، فلا أقل من اليمين في جانبه.

---

(١) التذكرة ٢: ٨٢.

والبيع للمصلحة، والقرض لها، والتلف من غير تفريط، سواء كان أباً أو غيره على اشكال.

وهل يصح بيع المميز وشراؤه مع اذن الولي؟ نظر.

الفصل الثاني: في المجنون والسفيه:

أما المجنون فهو ممنوع من التصرفات أجمع، المالية وغيرها، وأمره الى الأب والجد له وإن علا، فإن فقدا فالوصي، فإن فقد فالحاكم، وللولي التصرف في ماله بالغبطة.

قوله: (سواء كان أباً أو غيره على إشكال).

الاشكال في غير الأب، ومنشؤه: من أصالة الصحة في تصرف المسلم، ولأنه منصوب لفعل ما يعتقده مصلحة، فليرجع إليه فيه إذا تعسر إقامة البينة على ذلك، ولأنه أمين، ومن أصالة بقاء الملك على مالكه إلى أن يثبت الناقل، والأول أقوى.

قوله: (وهل يصحّ بيع المميز وشراؤه مع إذن الولي؟ نظر).

ينشأ: من أن البلوغ شرط، لاعتبار الصيغة، ومن أنّ إذن الولي مصيّر لها بمنزلة الصيغة من البالغ ـ وليس ببعيد البناء على أن أفعال الصبي وأقواله شرعية أم لا ـ والأصح أنه لا يصح.

قوله: (وأمره إلى الأب والجد وإن علا، فان فقدا فالوصي، فان فقد فالحاكم).

إن بلغ فاسد العقل فلا بحث في أن الولاية عليه (كما ذكره المصنف، أما إذا كمل بالغاً ثم تجدد جنونه، فالذي يقتضيه صحيح النظر أن الولاية عليه)[1] للحاكم، لزوال ولاية الأب والجد بالكمال، فثبوتها يحتاج إلى دليل.

---

(١) لم ترد في «ق».

وحكمه حكم الصبي فيما تقدم، إلا الطلاق فإن للولي أن يطلّق عنه، وإلا البيع فإنه لا ينفذ وإن أذن له الولي، وله أن يزوجه مع الحاجة لا بدونها.

وأما السفيه فهو الذي يصرف أمواله على غير الوجه الملائم لأفعال العقلاء، ويمنع من التصرفات المالية، وإن ناسبت أفعال العقلاء

قوله: (وحكمه حكم الصبي فيما تقدم، إلّا الطلاق، فإنّ للولي أن يطلق عنه، وإلّا البيع فانه لا ينفذ وإن أذن له الولي).

لما لم يكن الصبي في محل الاحتياج إلى الطلاق لم يتصور أن يتولاه الولي عنه، بخلاف المجنون، ولأن للصبا مدة ينتظر زواله بعدها، بخلاف المجنون فانه لا أمد له يرتقب زواله فيه.

مركز تحقيقات كامپيوتري علوم اسلامي

ولا يخفى أن الطلاق عن المجنون إنما يسوغ مع المصلحة، وكما يستثنى الطلاق من مشابهة المجنون للصبي في الأحكام، فكذا البيع، فانه لا ينفذ من المجنون وإن أذن له الولي، بخلاف الصبي، فقد سبق التردد فيه، والفرق أن المجنون كغير المميز، فلا أثر لعبارته ولا قصد له.

قوله: (وأما السفيه فهو: الذي يصرف أمواله على غير الوجه الملائم لأفعال العقلاء).

المراد: أن شأنه ذلك، فلا يعتد بوقوع ذلك مرة ونحوها، إذ الغلط والانخداع سار في أكثر الناس.

قوله: (ويمنع من التصرفات المالية وإن ناسبت أفعال العقلاء).

لا فرق في ذلك بين الذكر والأُنثى، بل الأُنثى أشد، إذ هي إلى نقصان العقل والانخداع أقرب، ومن ثم ذهب بعض العامة الى بقاء الحجر عليها وإن بلغت رشيدة[1].

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٤: ٥٦٠ مسألة ٣٤٧٣، وشرح الكبير مع المغني ٤: ٥٦٠.

كالبيع و الشراء بالعين ، أو الذمة، والوقف والهبة ، والاقرار بالدين والعين والنكاح، فإن عقد لم يمض.

وهل يتوقف الحجر عليه على حكم الحاكم، أويكفي ظهور السفه؟ الأقرب الأول، ولا يزول إلا بحكمه، فإن اشترى بعد الحجر فهو باطل.

قوله : (والنكاح).

الظاهر أنه لا فرق فيه بين الرجل والمرأة، لأن النكاح يقتضي الصداق، فهو تصرف مالي من طرفيها ، فالزوج يلتزمه والزوجة تجعل البضع في مقابله، فهو ملحق بالأشياء المتقومة، ولهذا لو أنكحت نفسها بدون مهر المثل لا يصح، بل الولي لا يصح منه ذلك إلا بالمصلحة، فالحاصل أنه تصرف مالي.

قوله : (وهل يتوقف الحجر عليه على حكم الحاكم أو يكفي ظهور السفه؟ الأقرب الأول، ولا يزول إلا بحكمه).

هنا أقوال:

أ: ما ذكره المصنف هنا.

ب: توقفه على حكم الحاكم وزواله بزوال السفه، ويظهر من كلام الشهيد في شرح الارشاد وجوده قولاً.

ج: ثبوته بمجرد السفه، وتوقف الزوال على الحكم يوجد في بعض كلام الشهيد[1].

د: ثبوته بظهور السفه وانتفاؤه بانتفائه، وذلك حيث يقطع بالأمرين، وهو الأصح، لظاهر قوله تعالى: (فان كان الذي عليه الحق سفيهاً)[2] الآية، أثبت عليه الولاية بمجرد السفه، فتوقفها على أمر آخر يحتاج إلى دليل.

---

(١) اللمعة: ١٤٢.

(٢) النساء: ٦.

ويسترد البائع سلعته إن وجدها، وإلا فهي ضائعة إن قبضها بإذنه، عالماً كان البائع أو جاهلاً وإن فك حجره،

إذا تقرر هذا ففي الذي يلي ماله قولان:

أ: أنه الحاكم، سواء تجدّد السفه عليه بعد بلوغه أو بلغ سفيهاً، لتوقف الحجر وزواله على حكم الحاكم، فيكون النظر إليه.

ب: أنه إن بلغ سفيهاً فالولاية للأب والجد، (ثم وصي أحدهما، ثم الحاكم، وإن بلغ رشيداً ثم تجدّد سفهه فالأمر فيه الى الحاكم دون الأب والجد)(١)، وهذا هو الأصح.

نعم، لو قلنا بتوقف الحجر عليه على حكم الحاكم، اتّجه كون الولاية له مطلقاً، مع إمكان كونها للأب والجد فيمن بلغ سفيها، إذ لا بُعد في اعتبار حكم الحاكم في ثبوت السفه وعدم زواله، لأن الإمارات قد يقع الغلط فيها.

ويضعّف: بأن البحث على تقدير الجزم، ثم إن من بلغ سفيهاً يكفي في حكمه استصحاب ما كان إذا لم يعلم الناقل.

وفيه نظر، إذ لا بدّ من البحث عن زوال المقتضي للحجر وعدمه، فاذا اشتبه الأمر على الأب رجع إلى الحاكم، على أنّ التبذير وإصلاح المال من الأمور التي لا تكاد تخفى على ذي بصيرة.

قوله: (والّا فهي ضائعة إن قبضها باذنه، عالماً كان البائع أو جاهلاً وإن فكّ حجره).

أي: وإن لم يجدها فهي ضائعة إن قبضها باذنه، لأن قبضها باذنه في البيع تسليط على التصرف والاتلاف، غاية ما في الباب أنه لم يكن مجاناً، بل بعوض، ووجود السفه مانع من ثبوت العوض. ولا فرق في ذلك بين كون البائع عالما أو جاهلا، لأن تسليطه غيره على إتلاف ماله قبل اختبار حاله، وعلمه بأن العوض المبذول منه ثابت أولا تضييع لماله وتقصير في حفظه. وكذا لا فرق بين

---

(١) مابين القوسين لم يرد في «م» وأثبتناه من «ق».

وكذا لو اقترض وأتلف المال.

ولو أذن له الولي صح إن عيّن، وإلا فلغو، وكذا يجوز لو باع فأجاز الولي.

ولو أتلف ما اودع قبل الحجر، أو غصب بعده، أو أتلف مال غيره مطلقاً ضمن.

بقاء حجره بعد ذلك وفكه، لعدم اللزوم في وقت الاتلاف، فلا يلزم بعد الفك، فقول المصنف: (وان فك حجره) وصلي.

واعلم: أنه لو قبض بغير إذن المالك، فهو ملحق بغيره من القبض عدواناً، إذ التسليط بالاقباض على الوجه المعين لا لمجرد البيع.

قوله: (وكذا لو اقترض وأتلف المال).

لأن الاقراض تسليط على الاتلاف، وكذا كل ما يضمن التسليط على الاتلاف من المالك، ومثل السفيه في ذلك الصبي والمجنون بطريق اولى.

قوله: (ولو أذن الولي صح إن عيّن، وإلّا فلغو).

إذا أذن الولي للسفيه في التصرف، فان أطلق كان لغواً ـ لأنه لو صحّ فات الغرض من الحجر عليه ـ وإن عيّن نوعاً من التصرف وقدر العوض، كأن قال له: بع الشيء الفلاني بكذا وانكح فلانة بكذا صحّ، لأن المانع ليس إلا خوف المحذور من إتلاف المال وهو مندفع بما قلناه، وقرّبه المصنف في التذكرة[1].

ومعلوم أن اعتبار إذن الولي مشروط بالمصلحة كتصرفه، بل أولى.

قوله: (وكذا يجوز لو باع فأجاز الولي).

لما قلناه: من أنه بالغ مكلّف، غاية ما في الباب منعه لخوف إتلاف المال، وهو منتف هنا.

قوله: (ولو أتلف ما اودع قبل الحجر، أو غصب بعده، أو أتلف مال غيره مطلقاً ضمن).

---

(١) التذكرة ٢: ٧٨.

. . . .

أي: لو أتلف السفيه بعد الحجر ما أودعه قبل الحجر ضمن، إذ لا تسليط على الاتلاف هنا من المالك، ولا تعريض للاتلاف، لكونه حينئذ غير محجور فيضمن، لأن إتلاف مال الغير سبب في الضمان.

ويفهم من قوله: (ما أودع قبل الحجر) أن ما أودعه بعد الحجر لا يضمنه بالاتلاف، وهو فتوى الارشاد[1]، لتعريض مالكه اياه للاتلاف، ولظاهر قوله تعالى: (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم)[2] واحتمله في التحرير[3] ولم يصرّح بفتوى. واختار في التذكرة[4] الضمان بما حصل في يده من المال باختيار صاحبه، من غير تسليط على الاتلاف، كالوديعة والعارية إن أتلفه أو أُتلف بتفريطه، لعموم: «على اليد ما أخذت»[5]، ولأن الاتلاف سبب الضمان، والمالك لم يسلط عليه، ولا يلزم من تسليمه باختيار صاحبه أن يكون الاتلاف باختياره.

لكن في قول المصنف: (أو أتلف مال غيره مطلقاً) ـ أي: قبل الحجر أو بعده ـ (ضمن) ما يقتضي أنه لو أتلف الوديعة أو العارية ونحوهما، مما لم يسلط المالك على الاتلاف فيه يضمن، فيبقى المفهوم في قوله: (قبل الحجر) مقصوراً على ما إذا فرّط في الحفظ، فتكون فتوى القواعد تضمينه بالاتلاف لا بالتفريط، والأصح الضمان مطلقا.

ولا يكاد يفرق بين الاتلاف والتفريط، فانه إتلاف، ومن الأمور المستبعدة تضمينه بالغصب وعدم تضمينه بالاتلاف للوديعة، مع كونه أبلغ منه وأفحش، على أنّ وضع اليد حال الاتلاف غصب.

---

(١) الارشاد: ١٣١ (مخطوط).

(٢) النساء: ٥.

(٣) التحرير ١: ٢١٩.

(٤) التذكرة ٢: ٧٨.

(٥) سنن الترمذي ٢: ٣٦٨، سنن البيهقي ٦: ٩٥، سنن ابن ماجة ٢: ٨٠٢ حديث ٢٤٠٠، مسند أحمد ٥: ٨، ١٢، ١٣، مستدرك الحاكم ٢: ٤٧.

ولو أقرّ بدين لم ينفذ، سواء أسنده الى ما قبل الحجر أو لا، وكذا لو أقر باتلاف مال أو بجناية توجب مالاً.

ويصح طلاقه، ولعانه، وظهاره، ورجعته، وخلعه، ولا يسلّم مال الخلع اليه، واقراره بالنسب،

وحكم الصبي والمجنون ـ لو أتلفا مال غيرهما، أو غصباه فتلف في يدهما ـ في وجوب الضمان في مالهما كحكم السفيه، وكذا في انتفاء الضمان فيما حصل في أيديهما باختيار صاحبه مع التسليط على الاتلاف، كالبيع والقرض.

أما الوديعة والعارية ونحوهما إذا أتلفاها، أو تلفت بتفريطهما، ففي الضمان تردد، وقرّب المصنف في التذكرة(١) والتحرير(٢) عدم الضمان، لكن ضمان الصبي المميز إذا باشر الاتلاف قويّ، والتفريط لا يكاد يقصر عن الاتلاف، أما غير المميز والمجنون فهما كسائر الحيوانات.

قوله: (ويصح طلاقه).

لأن التصرف فيه لا يصادف المال.

قوله: (وإقراره بالنسب).

إذ لا يستلزم التصرّف بالمال.

فرع: إقرار السفيه بالمال غير نافذ حال الحجر، فاذا زال فظاهرهم أنه لا يؤاخذ به، لكن فيما بينه وبين الله يجب عليه الاداء إن كان حقاً، صرح بذلك في التذكرة(٣).

ويمكن توجيهه بكون اقراره حينئذ لغواً، فلا يعتد به حال الحجر ولا بعده، ولو ادعى عليه بمال، فمع الحجة الشرعية يجب، وهل يجب باليمين المردودة؟ يبنى على أنها كالبينة أو كالاقرار، فيجب على الأول، لا الثاني.

---

(١) التذكرة ٢: ٧٨.

(٢) التحرير ١: ٢١٩.

(٣) التذكرة ٢: ٧٩.

ويـنفق على من استـلحقه مـن بيت المـال، وبما يـوجب الـقصاص، ولـو صـولح فـيه على مـال فالأقـرب ثبوت المال.

ولو وكله غيره في بيع أو هبة جاز؛ لبقاء اهلية التصرف. وللولي أن يشتري له جارية ينكحها مع المصلحة، فإن تبرم بها ابدلت، وهو في العبادات كالرشيد، إلا أنه لا يفرّق الزكاة بنفسه.

وينعقد احرامه في الـواجب مطلقاً،

قوله: (وينفق على من استلحقه من بيت المال).

جواب عن سؤال، تقديره: أن الاقرار بالنسب يقتضي ثبوت النفقة، فيجب أن لا ينفذ، لأنه إقرار بما يتضمن التصرف في المال. والجواب: أن النسب يثبت بالنسبة إلى ما عدا المال، فينفق حينئذ على القرابة من بيت المال، لعدم ثبوت استحقاق النفقة من مال السفيه.

وفي حواشي شيخنا الشهيد: أنه لو قيل: يكون من ماله لكان حسناً، لأن النسب قد ثبت، فتثبت النفقة تبعاً، ولأن في ذلك إضراراً لجميع المسلمين لأجل قول واحد.

وجوابه: أن النسب إنما يثبت بالنسبة إلى ما عدا المال، وبيت مال المسلمين لمصالح المسلمين، وهذا منهم، فلا يتصور أن يقال: وجوب النفقة إضرار بالمسلمين، وإلا لقيل في كلّ فرد منهم مثل هذا.

قوله: (ولو صولح فيه على مال، فالأقرب ثبوت المال).

وجه القرب: أنّ فيه حفظ نفسه، وهو أولى من حفظ المال. ويحتمل العدم، لأن ذلك مفوّت للغرض من الحجر، لامكان أن يتواطأ مع المقرّ له على الاقرار، ثمّ الصلح توصلاً إلى الغرض الفاسد.

وجوابه: اندفاع ذلك بقرائن الأحوال، فانّ المقدم على الاستيفاء لا يكاد يخفى، ولا يلتبس بمن يحاول المال، فيصح الصلح، إلّا مع حصول الريبة.

قوله: (وينعقد إحرامه في الواجب مطلقاً).

وفي التطوع إن استوت نفقته سفراً وحضراً ، أو أمكنه تكسب الزائد ، وإلا حلله الولي بالصوم.

أي: سواء استوت النفقة، أو زادت نفقة السفر.

قوله: (وفي التطوع إن استوت نفقته سفراً وحضراً، أو أمكنه تكسب الزائد).

لا بحث مع الاستواء، أما مع تكسب الزائد، فانّه يرد عليه: أنّ ما يكتسبه مال، فيتعلق الحجر به.

وجوابه: أنه قبل الاكتساب لم يكن مالاً، وبعده صار محتاجا إلى زيادة النفقة. وأيضا فانّ الاكتساب غير واجب على السفيه، وليس للولي قهره عليه، فلا يلزم من صرف ما يحصل به إتلاف لشيء من المال الذي تعلق الحجر به.

قوله: (وإلّا حلّله الولي بالصوم).

أي: وإن لم تستو النفقتان ولا أمكنه تكسّب الزائد، حلّله الولي بالصوم كالمحصور، قال في التذكرة: إذا جعلنا لدم الاحصار بدلاً[1]، وظاهر قوله: (حلّله) تعين ذلك، وهوالذي يقتضيه الحجر، لحفظ المال، وظاهر التذكرة[2] والتحرير[3] أنّ له كلاً من الأمرين.

إذا تقرر ذلك، فالصوم الذي يحلّله الولي به على ما سبق في الحج عشرة أيام، وهي بدل الهدي، كهدي التمتع، من غير اعتبار للتوالي والزمان، وكونه في الحج وعدم ذلك، ونقل شيخنا الشهيد: أن في رواية ثمانية عشر يوماً.

فان قلنا ببدلية الصوم عن هدي الاحصار فلا بحث، وإلّا فاللازم أحد الأمرين: إما بقاؤه على إحرامه إلى زمان الفكّ، أو القول بأنّ إحرامه في هذه الحالة فاسد، لاستلزامه التصرف في المال.

---

(١) التذكرة ٢: ٨٠.

(٢) المصدر السابق.

(٣) التحرير ١: ٢١٩.

وينعقد يمينه، فإن حنث كفرّ بالصوم، وله أن يعفو عن القصاص لا الدية والأرش، والولاية في ماله للحاكم خاصة.

ولو فك حجره ثم عاد التبذير أُعيد الحجر، وهكذا.

الفصل الثالث: في المملوك:

المملوك ممنوع من التصرف في نفسه، وما في يده ببيع، واجارة، واستدانة، وغير ذلك من جميع العقود، إلا بإذن مولاه، عدا الطلاق فإن له ايقاعه وإن كره المولى.

والأقرب أنه لا يملك شيئاً سواء كان فاضل الضريبة، وأرش الجناية على رأي، أوغيرهما، وسواء ملّكه مولاه على رأي أو لا.

قوله: (والولاية في ماله للحاكم خاصة).

الأصح أن ذلك إذا تجدد سفهه بعد البلوغ رشيداً، وإلا فالولاية للأب والجد له، ثمّ لوصي أحدهما.

قوله: (عدا الطلاق، فانّ له إيقاعه وإن كره المولى).

لأن الطلاق بيد من أخذ بالساق.

قوله: (والأقرب أنه لا يملك شيئاً، سواء كان فاضل الضريبة وأرش الجناية على رأي، اوغيرهما، وسواء ملكه مولاه على رأي او لا).

الضريبة: فعيلة من الضرب، وهو: ما يضربه المولى على العبد، ويقاطعه عليه من كسبه، في كلّ يوم أو في كل أُسبوع، ونحو ذلك، فان الفاضل عنه من الكسب هو فاضل الضريبة، فقد قيل: بأن العبد يملكه[1]، وكذا قيل: إنه يملك ارش الجناية عليه، وقيل: يملك اذا ملّكه المولى. والأصح عدم ملكه بحال، للآية[2] الدالة على أن العبد المملوك لا يقدر على شيء، ومن جملته القدرة على تلك المذكورات، فيكون النفي شاملاً لذلك.

---

(١) قال به الصدوق في المقنع: ١٦١، والمحقق في المختصر النافع: ١٣٢.

(٢) النحل: ٧٥.

ولا تصح له الاستدانة، فإن استدان بدون اذن مولاه استعيد، فإن تلف فهو في ذمته، إن عتق أدّاه وإلا ضاع، سواء كان المدين جاهلاً بعبوديته أو لا.

ولو أذن له مولاه في الاستدانة لزم المولى إن استبقاه، أو باعه.

ولو اعتقه فالأقوى الزام المولى، ويتشارك غرماؤه وغرماء المولى في التركة القاصرة على النسبة.

ولو أذن له في التجارة لم يجز التعدي فيا حدّه، وينصرف الاذن في الابتياع الى النقد، وله النسية إن أذن فيها، فيثبت الثمن في ذمة المولى.

قوله: (ولو أعتقه فالأقوى إلزام المولى).

هذا هو الأصح، وللشيخ قول بلزوم العبد[١]، واختاره المصنف في المختلف[٢]، تعويلاً على رواية[٣] لا دلالة فيها.

واعلم: أن نظم العبارة غير حسن، لأن ظاهر اشتراط استبقائه أو بيعه في لزوم الدين المولى يقتضي النفي عما عداهما، مع أن مختاره مع العتق اللزوم أيضاً، فلو قال: وكذا لو أعتقه على الأقوى لكان احسن.

قوله: (ويتشارك غرماؤه وغرماء المولى).

الجميع غرماء المولى، لأن الدين لزم ذمته، فإطلاق غرماء العبد عليهم بالمجاز لوقوع الاستدانة منه.

قوله: (وينصرف الاذن في الابتياع إلى النقد).

لأنه الغالب، ولأن النسيئة غير مرغوبة غالباً، ولأنها معرضة للتلف والضياع.

---

(١) النهاية: ٣١١.

(٢) المختلف: ٤١٤.

(٣) التهذيب ٨: ٢٤٨ حديث ٨٩٥، الاستبصار ٤: ٢٠ حديث ٦٤.

ولو تلف الثمن قبل التسليم فعلى المولى عوضه.

وليس له الاستدانة، إلّا مع ضرورة التجارة المأذون فيها له فيلزم المولى، وغيره يتبع به بعد العتق، وإلا ضاع، ولا يستسعي على رأي.

قوله: (ولو تلف الثمن قبل التسليم فعلى المولى عوضه).

لأن تلفه بيد العبد كتلفه بيد السيد.

قوله: (وليس له الاستدانة، إلّا مع ضرورة التجارة المأذون فيها له، فيلزم المولى، وغيره يتبع به بعد العتق).

أي: ليس للعبد الاستدانة مع عدم الاذن، بدليل ما سبق، إلّا مع اقتضاء ضرورة التجارة المأذون فيها الاستدانة، فحينئذ يلزم ما استدانه ـ للضرورة ـ المولى، لأن الاذن في التجارة يستلزم الاذن في جميع ضرورياتها، كنقل المتاع، وحمله، وأجرة حافظه ونحوها، مع الاحتياج إلى ذلك.

وغير المستدان لضرورة التجارة المأذون فيها إذا تلفت عينه، يتبع به العبد بعد العتق إن عتق، ويندرج في (غيره) شيئان: ما استدانه لا لضرورة التجارة المأذون فيها، وما استدانه لغير المأذون فيها مطلقا.

إذا عرفت ذلك، فالضمير في قوله: (فيلزم المولى) يعود إلى ما دل عليه قوله: (الا مع ضرورة التجارة المأذون فيها) أعني: ما استدانه، وكذا ضمير (غيره).

قوله: (وإلّا ضاع).

معطوف على محذوف، يدل عليه قوله: (بعد العتق) أي: ان أُعتق، وإن لم يعتق ضاع ذلك الدّين في الدنيا.

قوله: (ولا يستسعي على رأي).

هذا هو الأصح، لأن ما يحصل بسعيه ملك المولى، وقد علم أن أداء هذا الدين ليس على المولى. وقال الشيخ: يستسعي[1]، وابن حمزة: إن لم يعلم المدين

---

(١) قاله في النهاية: ٣١١.

ولا يتعدى الاذن الى مملوك المأذون، ولو أخذ المولى ما استدانه وتلف في يده تخيّر المقرض بين اتباع العبد بعد العتق، والزام المولى معجلاً.

ويستعيد المقرض والبائع العين لو لم يأذن المولى فيها، فإن تلفت طولب بعد العتق.

ولو أذن له المولى في الشراء لنفسه ففي تملكه اشكال.

عدم الاذن[1]، وهما ضعيفان.

قوله: (ولو أخذ المولى ما استدانه وتلف في يده، تخيّر المقرض بين إتباع العبد بعد العتق، وإلزام المولى معجّلاً).

لأن كلّ واحد منهما أثبت يده على ماله عدواناً، فلو تبع العبد بعد العتق وأغرمه، فله الرجوع على المولى، لأن إقرار التلف في يده، ولو غرّه العبد، بأن قال: هذا ملكي أو كسبي، فلا رجوع له، ولو أغرم المولى في هذه الحالة، فان أغرمه قبل العتق فلا شيء له، وإن أغرمه بعد العتق فليس ببعيد رجوعه على العبد. ومثله: لو أخذه المولى ثم ردّه على العبد، فتلف في يده.

قوله: (ويستعيد المقرض والبائع العين لو لم يأذن المولى فيها).

أي: في القرض والبيع، لدلالة الكلام عليها.

قوله: (ولو أذن له المولى في الشراء لنفسه، ففي تملّكه إشكال).

الضمير في (تملكه) يعود إلى (المولى)، لأنّ العبد لا يملك عند المصنف كما سبق. ومنشأ الاشكال: من أن الاذن في الشراء لنفسه فاسد، فلا تترتب عليه صحة البيع، فلا يثبت بيع الملك للمولى، ومن حيث أن الاذن في الشراء لنفسه تضمن أمرين: مطلق الاذن في الشراء، وتقييده بكونه لنفسه، فاذا بطل القيد بقي المطلق، وإذا كان الشراء في الجملة مأذونا فيه، أثمر الملك للمولى.

ويضعف: بأن الاذن، إنما تعلق بأمر واحد، وهو: شراء مخصوص للعبد،

---

(١) الوسيلة: ٣١٨.

وهل يستبيح العبد البضع؟ الأقرب ذلك ، لا من حيث الملك ، بل لاستلزامه الاذن.

واذا أذن له في التجارة جاز كل ما يندرج تحت اسمها أو استلزمته ، كحمل المتاع الى الحرز، والرد بالعيب. وليس له أن ينكح ولا يؤاجر نفسه ،

وقد انتفى بامتناعه، فيكون البيع الواقع غير مأذون فيه، فلا يثمر ملكاً للمولى، وهو الأصح.

قوله : (وهل يستبيح العبد البضع؟ الأقرب ذلك ، لا من حيث الملك ، بل لاستلزامه الاذن).

كأن قوله: (لا من حيث الملك ...) جواب عن سؤال، تقديره: حيث انتفى الملك ، فكيف يستبيح الوطء؟

وجوابه: أن الاستباحة ليست من حيث الملك ، بل لاستلزام الاذن في الشراء لنفسه الاذن في الوطء، لأنها إذا كانت مملوكة له كانت جميع التصرفات حلالاً له، فاذا بطل الاذن الأول، لم يلزم بطلان الثاني.

وليس بشيء، لأن المأذون فيه هو الشراء لنفسه، فاذا تحقق استلزم[1] إباحة التصرفات، أما الاذن فيها فغير حاصل، وهذا تفريع على ثبوت الملك للمولى، وهو ضعيف مبني على ضعيف.

قوله : (وإذا أذن له في التجارة، جاز كلّما يندرج تحت اسمها أو استلزمته، كحمل المتاع إلى الحرز والرد بالعيب).

كأنه أراد بالاندراج ما يعمّ الدلالة الالتزامية، فانّ حمل المتاع إلى الحرز ليس من جملة أقسام التجارة، إذ التجارة هي الاكتساب وهذا من مقدماته.

قوله : (وليس له أن ينكح ولا يؤاجر نفسه).

لعدم تناول الاذن في التجارة لشيء منها، ولأنه لا يملك التصرف في

---

(١) في «م» و«ق»: استلزام، وما أثبتناه من الحجري، وهو الصحيح.

والأقرب ان له أن يؤجر أموال التجارة.

ولو قصر الاذن في نوع أو مدة لم يعم، ولا يتصدق، ولا ينفق على نفسه من مال التجارة، ولا يعامل سيده بيعاً ولا شراءً ـ خلافاً للمكاتب ـ

منفعته، فيتوقف على الاذن.

إن قيل: الاذن في التجارة يعم وجوه الاكتساب، وهذا من جملتها.

قلت: المتبادر من الاذن له في التجارة الاكتساب بشيء آخر، فلا يكون اللفظ متناولاً للاكتساب بمنفعته.

قوله: (والأقرب أنّ له أن يؤجر أموال التجارة).

وجه القرب: أن ذلك من جملة وجوه الاكتسابات بالمال، فيتناوله الاذن. ويحتمل ضعيفا العدم، توهماً أن التجارة هي البيع، فلا يتناول الاذن فيها الاجارة، والأصح الأول.

قوله: (ولا يتصدق).

قال في التذكرة: إلّا مع علم انتفاء كراهية المولى[1]، وهو حسن.

قوله: (ولا ينفق على نفسه من مال التجارة).

لأنه مناف لمقصود التجارة، وعند أبي حنيفة يجوز، فان اضطرّ ولم يمكنه الاستئذان فيه وفي القرض للانفاق، أمكن أن يكون ذلك من ضروريات التجارة. ولو استأذن الحاكم في الاقراض أو الانفاق مع تعذّره وتعذر مراجعة المولى، فلا كلام في الجواز. وكذا لو تعذر ذلك كله وبلغ حد الضرورة، فانّ له دفعها.

قوله: (ولا يعامل سيده بيعا ولا شراء خلافا للمكاتب).

لأن تصرّفه لسيده، ولا كذلك المكاتب، لانقطاع سلطنة المولى عنه وكون تصرفه لنفسه، وقال أبوحنيفة بالجواز[2].

---

(١) التذكرة ٢: ٩٠.

(٢) بدائع الصنائع ٧: ١٧١.

ولا يضم ما اكتسبه بالاحتطاب والاصطياد الى مال التجارة.

وهل ينعزل بالإباق؟ نظر، ولا يصير مأذوناً بالسكوت عند مشاهدة بيعه وشرائه، واذا ركبته الديون لم يزل ملك سيده عما في يده، ويقبل اقراره بديون المعاملة في قدر ما اذن له لا أزيد،

قوله: (ولا ينضم ما اكتسبه بالاحتطاب والاصطياد إلى مال التجارة).

لعدم تعلق الاذن به، ولو عمم كان له أن يضمه.

قوله: (وهل ينعزل بالاباق؟ نظر).

ينشأ: من أنّ الأصل بقاء حكم الاذن عملاً بالاستصحاب، ومن شهادة الحال بأن السيد لا يرضى بالاذن بعد الاباق، ولأن الشارع نزله منزلة الموت، ولهذا يزول نكاحه عن امرأته. ويضعّف بأن التمسك بصريح الاذن أقوى، إلى أن يتحقق العزل.

قوله: (ولا يصير مأذوناً بالسكوت عند مشاهدة بيعه وشرائه، وإذا ركبته الديون لم يزل ملك سيده عمّا في يده).

خالف في الحكمين أبو حنيفة[1].

قوله: (ويقبل إقراره بديون المعاملة في قدر ما أذن له لا أزيد).

فان أقرّ بأن في ذمته لزيد مقداراً من ثمن مبيع، قيل: إن لم يتجاوز مقدار المأذون فيه، لأن المأذون فيه جائز له، فيكون مقبولاً، بخلاف ما سواه. ويحتمل عدم القبول إن لم يصدقه المولى، لأن الإذن له في المعاملة لا يستلزم قبول إقراره على المولى.

والتحقيق، أن هذا المبحث يحتاج إلى التحرير: فان أريد: أن السيد إذا أذن لعبده في المعاملة بمقدار كذا، ودفع إليه مالاً ليتجر به، فعاد وبيده أعواض يدّعي أنه اشتراها في ذمته، وأن دينها باق، وادّعى تلف ماكان بيده، أنه يقبل

---

(١) بدائع الصنائع ٧: ١٩٢، اللباب ٢: ٦٧، المبسوط للسرخسي ٢٥: ١١.

سواء أقر للأجنبي أو لأبيه أو لابنه.

ولا تجوز معاملته بمجرد دعواه الاذن، ما لم يسمع من السيد أو تقوم به بينة عادلة،

إقراره هنا على السيد فهو مستبعد جداً مع إنكاره ذلك.

وإن أريد: أن السيد إذا أذن له في التجارة والمعاملة بمقدار كذا، ولم يدفع إليه شيئا، فعاد وبيده أعواض، يدّعي شراءها في ذمته وبقاء الثمن، أنه يقبل إقراره فهو قريب، نظراً إلى شهادة الحال ومقتضى الاذن، ولتضرر معامليه لو لم يقبل.

والأصح: أنه لا يمضي إقراره على المولى، وشهادة الحال ليست حجة، لشغل الذمة الخالية،والضرر[١] يندفع بالاشهاد، وليس إقرار العبد بأولى من إقرار الوكيل.

نعم، يشكل الحال لو أقر العبد المأذون: بأن ما في يده ملك لفلان (وديعة أو غصباً ونحوهما، فانّ في القبول وعدمه إشكالاً، يلتفت إلى أنّ الاقرار على ما في يده)[٢] لا على المولى، وقد صارت يده بالاذن كيد الوكيل، وأن ما بيده لمولاه.

قوله: (سواء أقر لأجنبي أو لأبيه أو لابنه).

وقال أبوحنيفة: لا يقبل اقراره لهما[٣]، ولا يخفى أن الاقرار لوكان بغير دين المعاملة، أو من غير المأذون لا يقبل.

فرع: لو أقر المأذون بدين اقتضته ضرورات التجارة، فعلى القول بالقبول في المسألة السابقة يجب القبول هنا، ولا يتقيد بمقدار المأذون بالتجارة فيه، لأن ضرورات التجارات لا تنحصر في مقدار.

قوله: (ولا تجوز معاملته بمجرد دعواه الاذن، ما لم يسمع من السيد، أو يقيم به بينة عادلة).

---

(١) في «س» و«م»: والضرورة، وما أثبتناه هو الصحيح.
(٢) مابين القوسين لم يرد في «ق».
(٣) المبسوط للسرخسي ٢٥: ٨٠.

والأقرب قبول الشياع.

ولو عُرف كونه مأذوناً، ثم قال: حجر عليّ السيد لم يعامل،

أي: لا يجوز ذلك، ما لم يسمع مريد معاملته من السيد الاذن له، أو يقيم العبد بالاذن بينة عادلة، وعدم جزم (يقيم) لكون الجملة معطوفة على الجملة لا على المجزوم، ويكون الحكم محذوفاً، أي: أو يقيم به بينة عادلة فيجوز.

قوله: (والأقرب قبول الشياع).

لأن إقامة البينة على الاذن عند كلّ معاملة مما يتعذر، ويرد عليه مثله في الشياع، لأن إخبار جماعة يثمر إخبارهم ظنّاً قوياً متاخماً للعلم عند كلّ معاملة، مما يتعذر أيضاً، وليس مطلق الإخبار شياعاً.

هذا مع أنه إن أُريد قبول الشياع بحيث يحكم به على المولى لو أنكر فهو مشكل، لأنه سيأتي أن الشياع لضعفه لا يثبت به الملك الذي يد شخص آخر عليه، فكيف يحكم به على المولى في قطع سلطنة الحجر على عبده، وخروج أملاكه عنه بتصرفه؟ نعم لو اعتبرنا في الشياع حصول العلم بالاخبارات اتّجه ذلك، لأنه أقوى من البينة حينئذ.

وإن أُريد جواز المعاملة بسببه، بحيث يرتفع المنع، وتكون الدعوى بين المولى والعبد لو أنكر باقيه، فهو متجه، لكن اشتراط حصول الشياع بجواز ذلك لا وجه له، بل لا يبعد الاكتفاء بخبر العدل الواحد، إذ الأصل في إخبار المسلم الصحة، وقد تأكد بالعدالة، بل لو أخبر من أثمر خبره الظن أمكن القبول، إذ ليس ذلك بأقل من خبر من يدعي الوكالة عن الغير في بيع ماله، وليس بأقل من خبر الصبي في الهدية، ولو ظفرت بموافق على هذا لم أعدل عنه.

قوله: (ولو عرف كونه مأذوناً، ثم قال: حجر عليّ السيد لم يعامل).

لقبول إقراره في عود الحجر، لأنه إقرار على نفسه.

فإن قال السيد: لم أحجر عليه احتمل أن لا يعامل لأنه العاقد والعقد باطل بزعمه، والمعاملة أخذاً بقول السيد.

ولو ظهر استحقاق ما باعه المأذون بعد تلف الثمن في يده رجع المشتري على السيد، ولا يقبل اقرار غير المأذون بمال ولا حد، وهل يتعلق بذمته؟ نظر.

قوله: (فان قال السيد: لم أحجر عليه احتمل أن لا يعامل، لأنه العاقد، والعقد باطل بزعمه، والمعاملة أخذاً بقول السيد).

لا شبهة في أنّ الحجر فعل السيد وحق له، وليس للعبد فيه دخل ولا يعتبر رضاه، كما لا يعتبر في ثبوت الاذن له إذا أذن له المولى، فلا يعتد بمخالفته فيه للسيد، لأن السيد أحقّ بنفسه منه. نعم قد يتخيل أن صحة العقد منه متعذرة، لأن العقد بزعمه باطل، فلا يكون قاصداً إلى عقد صحيح.

ويرده: أن الشرط لصحة العقد القصد إليه من حيث كونه صحيحاً، للقطع بصحة مبايعة من ينكر صحة بيع الغائب ـ من العامة ـ هذا النوع من البيوع، ولجواز المتعة بالمرأة من المخالفين.

والأصح: أنه إن قصد إلى العقد ولم يقصد ايقاعه باطلاً يصح، ولا يلتفت إلى قول العبد.

قوله: (ولو ظهر استحقاق ما باعه المأذون بعد تلف الثمن في يده، رجع المشتري على السيد).

لأن العهدة عليه، فانّ العبد لم يقبضه إلا للسيد، ويده يد ضمان.

قوله: (ولا يقبل إقرار غير المأذون بمال ولا حدّ).

في بعض النسخ: (بمال لا حدّ) بغير واو، وكلاهما غير حسن، لأن نفي قبول الحد سيأتي في كلامه، فعلى نسخة ولا حدّ يلزم التكرار، ولا فائدة في التقييد للمال بكونه لأحد، بل يضر، لأن المال المقرّ به لنحو المسجد والبقعة أيضاً لا يقبل، فالتقييد يمنع العموم.

قوله: (وهل يتعلق بذمته؟ نظر).

ولا يقبل اقرار المأذون وغيره بالجناية ، سواء أوجبت قصاصاً أو مالاً ، ولا بالحد ، ولو صدّقه المولىٰ في ذلك فالأقرب النفوذ.

ينشأ: من التردد في كونه مسلوب أهلية الاقرار، فعبارته لاغية كعبارة الصبي ، أو الرقية مانعة من النفوذ لحق الغير. والحق الثاني ، للقطع بكونه كامل التصرف لولا حقّ المولى ، فلا تخرج بذلك عبارته عن الاعتبار، فتعد لغواً ، ولعموم: «إقرار العقلاء على انفسهم جائز»[1] ،والعبد منهم ، فيقبل إقراره بالاضافة إلى نفسه ، وحينئذ فيؤاخذ به بعد العتق.

قوله : (ولا يقبل إقرار المأذون وغيره بالجناية ، سواء أوجبت قصاصاً أو مالاً) .

لأن الاذن إنما تعلق بالتجارة دون ما عداها ، وإقرار العبد على نفسه إقرار على سيده فلا ينفذ ، لكن يتبع به.

قوله : (ولا بالحدّ) .

لما قلناه: من أنه إقرار على المولى ، وهل يتبع به ، بحيث يكون هذا من جملة السبب المثبت للحدّ ، حيث يعتبر تعدد الاقرار؟ لا يبعد القول بذلك للعموم السابق ، نعم لو عدل عن الاقرار بعد العتق إلى تأويل اتجه السقوط ؛ درءاً للحد بالشبهة.

قوله : (ولو صدقه المولى في ذلك ، فالأقرب النفوذ) .

وجه القرب: أن المانع إنما كان حقّ المولى وقد زال بتصديقه. ويحتمل ـ ضعيفاً ـ العدم ، لاحتمال سلب الأهلية ، ولأن المولى لا يملك ثبوت الحد والقصاص عليه. وليس بشيء ، لأن المثبت إقراره ، ومانعية حق السيد زالت بتصديقه ، وقوله: (في ذلك) إشارة إلى ما سبق من الحدّ والقصاص.

---

(١) عوالي اللآلي ٣: ٤٤٢ حديث ٥.

الفصل الرابع: في المريض:

ويحجر على المريض في التبرعات كالهبة، والوقف، والصدقة، والمحاباة، فلا تمضي إلا من ثلث تركته وإن كانت منجزة على رأي، بشرط موته في ذلك المرض، واقراره كذلك إن كان متهماً، وإلا فمن الأصل، سواء كان لأجنبي أو لوارث على رأي.

قوله: (ويحجر على المريض في التبرعات، كالهبة والصدقة والوقف والمحاباة).

المحاباة: مفاعلة من الحبوة، وهي: العطية، والمراد: أن يبيع بأقل من القيمة، أو يشتري بأزيد منها، فإن ذلك إعطاء للزائد.

قوله: (وإن كانت منجّزة على رأي، بشرط موته في ذلك المرض).

هذا هو الأصح، عملاً بصحيح الأخبار[1]، ولو برئ من مرضه ذلك ثم مات نفذت إجماعاً.

قوله: (وإقراره كذلك إن كان متّهما، وإلا فمن الاصل، سواء كان لأجنبي أو وارث على رأي).

هذا أحد الاقوال، ووراؤه أقوال اخر، وما اختاره هنا هو اختيار نجم الدين في الشرائع[2]، وهو الأصح، عملاً بالخبر ومحافظةً على حق الوارث، ففيه جمع بين الحقين. والمراد بتهمته: أن تشهد قرينة بكذبه في إقراره، فلو كان عدلاً مأموناً اتجه منع التهمة، لأن العدالة تمنع من ارتكاب المحرم في تضييع حق الوارث حيث لا يجوز.

---

(١) الكافي ٧: ٨ حديث ١٠، الفقيه ٤: ١٤٩ حديث ٥١٧، ٥١٨، التهذيب ٩: ١٨٦، ١٨٨ حديث ٧٤٨-٧٥١، ٧٥٥، الاستبصار ٤: ١٢١ حديث ٣٦٢.

(٢) شرائع الاسلام ٣: ١٥٢.

واذا مات حل ما عليه من الديون دون ماله على رأي، والأقرب إلحاق مال السّلم والجناية به،

قوله: (وإذا مات حلّ ما عليه من الديون، دون ماله على رأي).

أما الأول فاجماع، وأما الثاني فلانتفاء الدليل، وتمسّك الشيخ[١] وجماعة[٢] ـعلى أن ماله يحلّ أيضاًـ برواية أبي بصير، عن أبي عبدالله عليه السلام[٣]. وفيه ضعف، والأصح العدم.

قوله: (والأقرب إلحاق مال السلم والجناية به).

وجه القرب: أنها من جملة الديون التي عليه، فيحلّان بالموت كغيرهما، عملا بعموم النص. ويحتمل العدم، لأن الأجل في السلم جزء من العوض، فلو حلّ مال السلم بالموت لزم نقصان العوض، وهو باطل، لانتفاء العمل بمقتضى العقد على ذلك التقدير.

وكذا القول في مال الجناية ـاعني: الديةـ فانّ الأجل فيها بتعيين الشارع، فبدونه لا يكون دية. ويضعف بأن ذلك حق أسقطه الشارع بعد ثبوته بالمعاوضة وضرب الدية، ودليل السقوط النص الدال بعمومه على الحلول[٤]، فما ذكر اجتهاد في مقابل النص.

لا يقال: تعارض عمومان، أعني: عموم حلول الديون، وعموم تأجيل الدية ومال السلم، فيتساقطان ويرجع إلى الأجل.

لأنا نقول: ليسا عامّين، بل عامّ وخاص، فإن الفردين من الديون أخص من مطلق الديون[٥]، ولو تمّ ذلك لكان طريقاً إلى بقاء الأجل في كلّ فرد من أفراد الديون، والأصح حلولهما كغيرهما.

---

(١) في النهاية: ٣١٠.

(٢) منهم: أبوالصلاح في الكافي في الفقه: ٣٣٣، وفخر المحققين في ايضاح الفوائد ٢: ٦١.

(٣) الكافي ٥: ٩٩ حديث ١، الفقيه ٣: ١١٦ حديث ٤٩٦، التهذيب ٦: ١٩٠ حديث ٤٠٧.

(٤) الكافي ٥: ٩٩ حديث ١، الفقيه ٣: ١١٦ حديث ٤٩٦، التهذيب ٦: ١٩٠ حديث ٤٠٧.

(٥) في «م»: فإن الفردين من الديون مطلقاً.

فلا يحل المؤجل بالحجر.

وديون المتوفى متعلقة بتركته، وهل هو كتعلق الأرش برقبة الجاني، أو كتعلق الدين بالرهن؟ احتمال.

واعلم: أن الضمير في قوله: (به) راجع إلى ما في قوله: (ما عليه من الديون).

قوله: (ولا يحلّ المؤجل بالحجر).

لعدم الدليل، والقياس لا نقول به.

قوله: (وديون المتوفى متعلقة بتركته، وهل هو كتعلق الأرش برقبة الجاني، أو كتعلق الدين بالرهن؟ احتمال).

لا شكّ أنّ دين المتوفى يتعلق بعد موته بتركته، لانحصار جهة الأداء فيها، لكن هل تعلّقه بها تعلق الأرش برقبة الجاني، أو الدين بالرهن؟ كلّ محتمل.

وجه الأول: أن الدين يسقط بتلف التركة من غير تفريط من الوارث، ولا يلزمه الضمان، كما لا يلزم ضمان الأرش المولى لو تلف الجاني لا من قبله. وفيه نظر، فانّ الدّين لا يسقط من ذمة المتوفى، بخلاف الأرش، فانّه يسقط بتلف الجاني، ويندفع ببقائه في ذمة الجاني، فيستويان في تعذر الاستيفاء في الدنيا، وأيضا فتعلقه بالتركة لا باختيار المالك، كما أن تعلق الأرش برقبة الجاني كذلك. وأيضاً فانه ليس للمدين إلّا أقلّ الأمرين من الدين والتركة، كما أنّ المجني عليه ليس له إلّا أقل الأمرين من الأرش وقيمة الجاني، وليس الرّهن كذلك في شيء من الأمور المذكورة.

ووجه الثاني: أنه يسبب دين في ذمة المالك الحرّ وهذا يستقيم إذا قلنا: أن التركة باقية على حكم مال الميت مادام الدين لم يقض، ولو قلنا: أن وجه الشبهة أن ثبوت هذا التعليق ناشئ عن دين سابق في ذمة من كان مالكاً استقام مطلقاً، ولسقوط الدين هنا من ذمة المديون بالأداء، وليس أرش الجناية كذلك في شيء منها، وإنما المساوي في ذلك دين الرهن.

ويظهر الخلاف فيا لو أعتق الوارث أو باع، نفذ على الأول دون الثاني.

ويضعفان: بأن مشابهة الدين المتعلق بالتركة لكل من الأرش ودين الرهن، يقتضي أن لا يكون من قبيل واحد منها. وأيضا فانّ مجرد المشاركة في شيء من الصفات لا يقتضي المساواة في الماهية ليشتركا في باقي الأحكام. والأصح أن هذا تعلق مستقل برأسه ليس من قبيل واحد منها.

قوله: (ويظهر الخلاف فيا لو أعتق الوارث أو باع، نفذ على الأول دون الثاني).

أثر الخلاف لا يظهر في الأحكام المشتركة بين الرهن والجاني اللّاحقة لها باعتبار تعلّق الدين والجناية، وإنما يظهر في الأحكام التي اختلفا فيها، فلو تصرف الوارث في التركة ببيع أو إعتاق أو هبة أو رهن ونحو ذلك ،ابتنى الحكم بالنفوذ وعدمه على القولين.

فان قلنا: إن التعلّق هنا كالتعلق في أرش الجناية، صحت التصرفات من الوارث، وتحتّم عليه أداء الدين إن ساوى التركة أو نقص، كما في الجاني خطأ، فانّ تصرف المولى فيه نافذ قطعا، ويلزمه أقل الأمرين من الأرش والقيمة.

وإن قلنا: إن التعلق هنا كالتعلق في دين الرهن، لم ينفذ شيء من ذلك ، كما لا ينفذ تصرف الراهن في الرهن، بل يقع موقوفاً.

وعلى ما اخترناه من أنه تعلق برأسه يحتمل النفوذ، تمسكاً بأصالة الصحة، وأصالة عدم بلوغ الحجر إلى مرتبة لا يكون التصرف معتبراً، ولأن في القول بالصحة جمعاً بين الحقين. ويحتمل العدم، لانتفاء فائدة التعلق بدونه، ولأداء النفوذ إلى ضياع الدين، وأيضاً فانّ أصل التعلق يقتضي ثبوت حقّ سلطنة للمدين، ومع اجتماع الحقين لشخصين لا ينفذ تصرف أحدهما.

والكلّ ضعيف، فانّ فائدة التعلق تحتم الأداء على الوارث إن تصرف، والتسلّط على الفسخ ان لم يؤد، ويمنع الضياع مع النفوذ، وثبوت أصل السلطنة لا يستلزم المنع كلّياً، لانتقاضه بالأرش المتعلق بالجاني، وجزئياً لا يفيد.

والتحقيق: أنّ القول بالنفوذ أقوى.

وهل يشترط استغراق الدين؟ اشكال، أقربه ذلك، فينفذ تصرف الولي في الزائد عن الدين،

قوله: (وهل يشترط استغراق الدين؟ إشكال، أقربه ذلك).

أي: هل يشترط ـلتعلق الدين بكل التركةـ استغراقه إياها، بأن يكون بقدرها أو أزيد ـحتى لوكان أنقص منها لم يتعلق إلا بقدرهـ أم لا يشترط ذلك، فيتعلق الدين القليل جداً بجميع التركة، وإن تجاوزت الحد في الكثرة؟ إشكال، أقربه ذلك، حذف المشترط لظهوره.

ومنشأ الاشكال: من أن الحجر إنما وقع لأجل أداء الدين، وذلك يتحقق بقدره فيختص الحجر بقدره، وهذا هو وجه القرب، ومن أنه لا أولوية لبعض على بعض في اختصاص التعلق به، ولأن الأداء لا يقطع بكونه بذلك البعض، لجواز التلف، ولظاهر قوله تعالى: (من بعد وصية يوصى بها أو دين)[1] ولأنه لمّا خرج الميت من صلاحية استقرار الدين بذمته، وجب أن يتعلق بكلّ ما يمكن أداؤه منه من أمواله، لأن حدوث تعلقه ببعض آخر عند تلف بعض معلوم انتفاؤه، والأصح أنه لا يشترط ذلك، فيتعلق بالجميع مطلقاً.

قوله: (فينفذ تصرف الوليّ في الزائد عن الدين).

هذا تفريع على الأقرب، وهو: اشتراط الاستغراق، وعلى أنّ تعلق الدين بالتركة كتعلق الدين بالرهن، إذ لو كان تفريعاً على أنه كتعلق الأرش بالجاني لكانت التصرفات نافذة مطلقاً.

وأراد بـ(الولي) المستحق للتركة، فانّه وليّها وهو الوارث، والمعنى: أنه إذا كان الدين أقل من التركة يكون تعلقه بمقداره من التركة، ويبقى الباقي طلقاً لا حجر على الوارث فيه، فينفذ تصرفه فيه.

وبناء على ما اخترناه، لو قلنا بأن تعلق الدين بالتركة كتعلقه بالرهن، لم ينفذ في شيء منها، لتعلقه بجميعها وثبوت المنع.

---

(١) النساء: ١١.

فإن تلف الباقي قبل القضاء ضمن الوارث، فإن أعسر فالوجه أن للمدين الفسخ.

وعلى القول ببطلان تصرف الوارث لو لم يكن في التركة دين ظاهر فتصرف، ثم ظهر دين، بأن كان قد باع متاعاً وأكل ثمنه فرد بالعيب، أو تردى في بئر حفرها عدواناً، أو سرت جنايته بعد موته احتمل فساد تصرفه لتقدم سبب الدين فأشبه الدين المقارن، وعدمه، فإن أدّى الوارث الدين، وإلا فسخ التصرف.

قوله: (فان تلف الباقي قبل القضاء ضمن الوارث).

هذا تفريع على ما سبق ايضا، فانه في موضع يكون الدين اقل، اذا تصرف الوارث بما زاد، ثم تلف الباقي قبل قضاء الدين، يضمن الوارث الدين؛ لأن ذلك البعض الذي تصرف فيه الوارث متعين للقضاء لو بقي، فحيث تصرف فيه الوارث ـ وإنما يستقر استحقاقه اياه بعد القضاء ـ تعيّن عليه ضمانه، وهذا دليل على ان التعلق بجميع التركة، والا فكيف يتعلق بما يمتنع حدوث تعلقه به، ليجب بدله، حيث تعذر؟

قوله: (فإن أعسر فالوجه أنّ للمدين الفسخ).

وجهه: أنّ تصرفه إنما جاز بشرط الأداء ولم يحصل. ويحتمل العدم، لثبوت الاذن في التصرف، وقد امتنع التعلق به، لخروجه عن الملك، ودخوله في ملك آخر. والحقّ القطع بالأول، وهذا دليل على تعلّق الدين بجميع التركة وإن قلّ.

قوله: (وعلى القول ببطلان تصرف الوارث لو لم يكن في التركة دين ظاهر، فتصرف الوارث ثم ظهر دين، بأن كان قد باع متاعاً وأكل ثمنه فرد بالعيب، أو تردى في بئر حفرها عدواناً أو سرت جنايته بعد موته، احتمل فساد التصرف، لتقدم سبب الدين، فأشبه الدين المقارن، وعدمه، فان ادى الوارث الدين وإلّا فسخ التصرف).

. . . .

هذا تفريع على القول ببطلان تصرف الوارث، بناء على أن تعلق الدين بالتركة كتعلقه بالرهن، وبيانه أنه: (لو لم يكن في التركة دين ظاهر) لو سكت عن قوله: (ظاهر) لكان أولى، إذ ليس في هذا الفرض دين ظاهر ولا خفي.

(فتصرف الوارث ثم ظهر دين) لو قال بدله: ثم حدث لكان أولى، لما قلنا من أنه لم يكن هناك دين، ويتحقق ذلك: بأن يكون الميت قد باع متاعاً وأكل ثمنه، إذ لو كان ثمنه موجوداً لوجب ردّه عليه عند الفسخ، ولا يحتاج إلى تقييده بكون الميت قد أكل الثمن، بل يكفي تصرف الوارث في الجميع أيضاً، فانه يجيء فيه ذلك أيضا، ثم بعد ذلك ردّ بالعيب السابق، لحدوث العلم به حينئذ، وبأن يكون الميت قد حفر بئراً عدواناً فتردّى متردّ فيها بعد الموت، وتصرف الوارث في التركة، وبأن يكون قد جنى جناية ووداها، ثم بعد الموت والتصرف سرت إلى النفس مثلاً، فانه حينئذ يحتمل فساد التصرف، لتقدم سبب الدين، فيكون ذلك بمنزلة تقدّم الدين، فيكون كالدين المقارن في بطلان التصرف في التركة معه.

ويضعف: بأن تقدّم السبب لا يقتضي تقدم المسبب، والمنع من التصرف إنما هو مع وجود الدين، لا لحدوثه، لسبق وجود سببه. ويحتمل عدم الفساد، لعموم: (أوفوا بالعقود)(١) ولتعلق حقّ ثالث بالمبيع حين لم يكن حقّ آخر، ولا مانع من صحة التعلق، فإبطاله يحتاج إلى دليل، وهو منتف، وهذا هو الأصح. فعلى هذا إن أدّى الوارث الدين فلا بحث، وإلّا فسخ المدين التصرف، توصّلاً إلى أخذ دينه من تركة المتوفى.

والتحقيق: أنه قد كان هناك عهدة ودرك، حيث كان المبيع معيباً، والبئر المحفورة عدواناً، والجناية في محلّ السراية، وتلك العهدة كانت متعلقة بالذمة، فبعد الموت يتعلق بالمال.

---

(١) المائدة: ١.

وعلى كل حال فللوارث إمساك عين التركة، وأداء الدين من خالص ماله.

وهل تتعلق حقوق الغرماء بزوائد التركة كالكسب، والنتاج، والثمرة؟ الأقرب المنع.

نعم لا يمكن أن يقال: إنّ الوارث ممنوع من التصرف هنا بمجرد وجود العهدة، إذ لا دين، ومقتضى العهدة ثبوت تعلق الواجب الحادث بالتركة.

واعلم ان قوله: (فان أدّى الوارث...)، تفريع على الاحتمال الثاني، الذي أشار إليه بقوله: (وعدمه).

قوله: (وعلى كلّ حال فللوارث إمساك عين التركة، وأداء الدّين من خالص ماله).

أي: على كل من احتمال كون تعلق الدين بالتركة كتعلق الأرش بالجاني، واحتمال كون تعلقه كتعلق الدين بالرهن، لأن التركة تنتقل إلى ملكه بالموت، فيتخير في جهات القضاء.

ولو قلنا ببقائها على حكم مال الميت، فتخيره في جهات القضاء ثابت، إذ لا ينتقل إلى ملك المدين.

قوله: (وهل تتعلق حقوق الغرماء بزوائد التركة، كالكسب والنتاج والثمرة؟ الأقرب المنع).

في بعض النسخ: إشكال أقربه المنع، ومنشأ الاشكال: من التردد في انتقال التركة إلى الوارث بالموت، وبقائها على ملك الميت.

ومنشأ التردد: أن الملك ممتنع بقاؤه بغير مالك، والميت يمتنع تملكه، لانتفاء لوازم الملك عنه، من عدم ثبوت الزكاة عليه ونحوه، ولا ينتقل الى ملك الدّيان قطعاً، فتعين انتقالها الى ملك الوارث، ولأن المقتضي لتملك الوارث ـ وهو الموت ـ موجود، والمانع ليس إلّا تعلق الدين بالتركة، وهو لا يصلح للمانعية، لعدم المنافاة، وإن كان

وتحتسب من التركة الدية في الخطأ والعمد إن قبلها الوارث، ولا يلزمه ذلك وإن لم يضمن الدين على رأي.

الفصل الخامس: المفلّس، وفيه مطالب:

الأول: المفلّس لغة: من ذهب جيد ماله وبقي رديه، وصار ماله فلوساً وزيوفاً.

مفهوم الآية الشريفة[١] يدل على عدم الانتقال إلّا بعد أداء الدين والوصية، لكن المفهوم ضعيف، لأنه مفهوم المخالفة، ويجيء على القول بأن تعلق الدين بالتركة كتعلقه بالرهن، وأنّ الدين يتعلق بزوائد المرهون تعلقه بزوائد التركة، وكيف كان فالأصح ما قرّبه المصنف.

قوله: (وتحسب من التركة الدّية في الخطأ والعمد إن قبلها الوارث).

هذا شرط للعمد، إذ لا تثبت الدية في العمد إلا بقبول الوارث.

قوله: (ولا يلزمه ذلك وإن لم يضمن الدين على رأي).

قال الشيخ: لا يستوفي الوارث القود إلا بعد ضمان الدين[٢]، وهو ضعيف، والفتوى على ماهنا.

قوله: (المفلّس من ذهبَ جيّد ماله وبقي رديئه، وصار ماله فلوساً وزيوفاً).

هذا تعريفه لغة، بدليل قوله بعد: (وشرعاً)، يقال: مفلّس ومفلس من أفلس: إذا لم يبق له مال، كأنما صارت دراهمه فلوساً، أو صار بحيث يقال له: ليس معه فلس. وفلّسه القاضي تفليساً: حكم بافلاسه. والدراهم الزيوف هي الدراهم المغشوشة.

---

(١) النساء: ١١.

(٢) النهاية: ٣٠٩.

وشرعاً: من عليه ديون ولا مال له يفي بها، وهو شامل لمن قصر ماله، ومن لا مال له، فيحجر عليه في المتجدد باحتطاب وشبهه.

والفلس سبب في الحجر بشروط خمسة: المديونية، وثبوت الدين عند الحاكم، وحلولها، وقصور ما في يده عنها،

قوله: (وشرعاً: من عليه ديون ولا مال له يفي بها).

هذا [1] التعريف صادق على الصبي إذا استدان له الولي إلى هذه المرتبة، وكذا السفيه، وكذا المديون كذلك قبل الحجر، مع أن واحداً من هؤلاء لا يعدّ مفلساً شرعا، إذ التفليس إنما يكون بحكم الحاكم، والحجر بالفلس لا يثبت إلّا بحكم الحاكم إجماعا.

قوله: (وهو شامل لمن قصر ماله ومن لا مال له، فيحجر عليه في المتجدد باحتطاب وشبهه).

أي: يندرج في التعريف المذكور من لا مال له أصلاً، إذ يصدق عليه لا مال له يفي بديونه، لأن السالبة لا تستدعي وجود الموضوع.

وقوله: (فيحجر عليه في المتجدد) كأنه جواب عن سؤال تقديره: إذا لم يكن له مال، ففي ماذا يكون الحجر؟

وجوابه: أن الحجر في المتجدد من أمواله الحاصلة بمعاملة وغيرها، وهذا يدلّ على أن معنى الفلس شرعا لا يتحقق إلّا بالحجر من الحاكم.

قوله: (والفلس سبب في الحجر بشروط خمسة).

أي: ثبوت الفلس بالمعنى السابق ـ وهو حصول الدين وعدم ما يفي به ـ سبب في ثبوت استحقاق الحجر، لكن مع رعاية شروط خمسة.

قوله: (وقصور ما في يده عنها).

فلو لم يقصر لم يحجر عليه إجماعا منّا، سواء ظهرت عليه امارات الفلس،

---

(١) في «م»: لو قال: من عليه لكان اشمل، وهذا....

والتماس الغرماء الحجر أو بعضهم، وتحتسب من جملة ماله معوضات الديون.

ولو حجر الحاكم تبرعاً لظهور امارة الفلس، أو لسؤال المديون لم ينفذ،

مثل أن تكون نفقته من رأس ماله لا من حرفة ونحوها أو لا، خلافاً للشافعي[1] في الأول، وإنما يؤمر بأداء الدين مع طلب الغرماء، فان ماطل تخير الحاكم بين حبسه والبيع عليه.

قوله: (والتماس الغرماء الحجر أو بعضهم).

إنما يحجر مع التماس البعض إذا كان ديون ذلك البعض لا يفي ماله بها كما سيأتي، لانتفاء بعض الشروط لو وفى بها، لأن دين غير الملتمسين ليس للحاكم الحجر لأجله، فهو بالنسبة إلى الحجر بمنزلة المعدوم. وقرّب في التذكرة جواز الحجر، وإن انتفى، ولا ينتظر التماس الباقين، لئلا يضيع على الملتمس ماله[2]، وهو محتمل، وعموم الحجر للجميع ـ على ما سيأتي في كلامه ـ لا يكاد يتخرّج إلا على هذا الوجه، وفي هذا الوجه قرب.

قوله: (وتحتسب من جملة ماله معوضات الديون).

المراد بمعوضات الديون: الأشياء التي تملكها بعوض وكان عوضها ديناً في ذمته، ووجهه: أنها مملوكة له وإن كان أربابها بالخيار بين الرجوع فيها وعدمه، ولا يخرج عن الملك إلّا بالرجوع، وكما تحتسب هذه من جملة ماله، فكذا الدين الذي هو عوضها محسوب من جملة ديونه. وعند بعض العامة[3] لا يحتسب من أمواله، فيعتبر في الحجر قصور ما عداها من أمواله عما سوى الدين الذي عليها.

واعلم: أنّ الضمير في قوله: (من جملة ماله) يرجع إلى (المديون) الذي يريد تعلق الحجر به، وإن كانت العبارة لم تشتمل عليه صريحاً، بل سياقها يقتضي خلافه.

---

(١) كفاية الأخيار ١: ١٦٦.

(٢) التذكرة ٢: ٥٢.

(٣) كفاية الأخيار ١: ١٦٦.

نعم يحجر الحاكم لديون المجانين والايتام دون الغيّاب.

ولو كان بعض الديون مؤجلاً، فإن كانت الحالة يجوز الحجر بها حجر مع سؤال أربابها، وإلا فلا. ثم يقسم في أرباب الحالة خاصة، ولا يدخر للمؤجلة شيء، ولا يدام الحجر عليه لأربابها كما لا يحجر بها ابتداء.

أما لو سأل بعض أرباب الديون الحالة حجر عليه إن كان ذلك البعض يجوز الحجر به، ثم يعم الحجر الجميع.

ولو ساوى المال الديون، والمديون كسوب ينفق من كسبه فلا حجر، بل يكلّف القضاء، فإن امتنع حبسه الحاكم أو باع عليه،

قوله : (نعم يحجر الحاكم لديون المجانين والأيتام) .

وكذا السفهاء، لكن بشرط ثبوت الولاية عليهم للحاكم، فانه يتولّاه لمصلحتهم، ولو كانت الولاية للأب أو الجد أو الوصي لم يكن له الحجر حينئذ، إذ ليس له المطالبة.

قوله : (دون الغياب) .

لأن الحاكم لا يستوفي ما للغيّاب في الذمم، بل يحفظ أعيان أموالهم.

قوله : (ولو كان بعض الديون مؤجلا) إلى قوله: (ولا يدخر للمؤجلة شيء، ولا يدام الحجر عليه لأربابها كما لا يحجر بها ابتداء) .

لعدم استحقاق المطالبة حينئذ.

قوله : (ثم يعم الحجر الجميع) .

لثبوت الديون كلّها، واستحقاق المطالبة للجميع، فلا يختص بأمواله من اختص بالالتماس، ومن ثمّ لو ظهر غريم سابق على الحجر شارك .

قوله: (ولو ساوى المال الديون - إلى قوله : - حبسه الحاكم أو باع عليه) .

مخيراً في الأمرين، خلافاً لابي حنيفة[1] في البيع.

---

(١) اللباب ٢ : ٧٢.

وكذا غير الكسوب الى أن يقصر المال وإن قل التفاوت.

ويستحب اظهار الحجر لئلا يستضر معاملوه.

ثم للحجر أحكام أربعة: منعه من التصرف، وبيع ماله للقسمة، والاختصاص، والحبس.

المطلب الثاني: في المنع من التصرف: ويمنع من كل تصرف مبتدأ في المال الموجود عند الحجر، بعوض أو غيره، ساوى العوض أو زاد أو قصر. ولا يمنع مما لا يصادف المال كالنكاح، والطلاق، واستيفاء

قوله: (وكذا غير الكسوب إلى أن يقصر المال وإن قلّ التفاوت).

أي: وكذا غير الكسوب لا يحجر عليه إلى أن يقصر المال، فيحجر عليه عند القصور وإن قل التفاوت لا قبله، خلافاً للشافعية[1].

قوله: (ويمنع من كلّ تصرف مبتدأ في المال الموجود عند الحجر بعوض أو غيره ساوى العوض أو زاد أو قصر).

احترز بالتصرف المبتدأ عن الفسخ بالعيب والخيار الثابتين ونحو ذلك، فانّه لا يمنع من هذا النوع من التصرف، لكن سيأتي أن الحجر لا يختصّ المال الموجود عند الحجر، بل يعمّ المتجدد.

ويمكن أن يجعل الظرف، وهو: (عند) متعلقاً بكلّ من (تصرف) و(الموجود) ليحسن كونه احترازاً عن التدبير والوصية. والجار في قوله: (بعوض أو غيره) يتعلق بـ (تصرف) ولا يتفاوت الحال بزيادة العوض وعدمها، لتحقق الحجر مع الجميع.

قوله: (ولا يمنع مما لا يصادف المال، كالنكاح والطلاق).

أما الطلاق فواضح، فانّ الحجر لم يتناول كلّ تصرف، بل التصرف في المال الموجود والمتجدد، وأما النكاح، فلأن الصداق إذا كان في الذمة لم يصادف

---

(١) كفاية الأخيار ١: ١٦٦.

القصاص، والعفو، واستلحاق النسب ونفيه باللعان، والخلع، وكذا ما يصادف المال بالتحصيل كالاحتطاب، والاتهاب، وقبول الوصية، ولا ما يصادف المال بالاتلاف بعد الموت كالتدبير، والوصية إذ لا ضرر فيه على الغرماء.

أما لو صادف المال في الحال، فإن كان مورده عين مال كالبيع، والهبة، والرهن، والعتق احتمل البطلان من رأس، والايقاف. فإن

التصرف المال الموجود عند الحجر [وأما مؤنة النكاح] [1] سيأتي إن شاءالله تعالى بيان موضعها.

قوله: (والخلع).

أي: لايمنع منه لكن هذا المحجور عليه بالفلس رجلاً، فلو كان امرأة منع.

قوله: (وكذا ما يصادف المال بالتحصيل، كالاحتطاب والاتهاب وقبول الوصية).

أي: وكذا لايمنع من هذا النوع من التصرف، لأن في ذلك جلب مال للغرماء، فكيف يمنع منه؟

قوله: (ولا ما يصادف المال بالاتلاف بعد الموت، كالتدبير والوصية).

لا ريب أن التدبير إما وصية أو في معنى الوصية، وهي إنما تكون بعد أداء الدين، فلايكون منافاة أصلا، وعبارة المفلس معتبرة فيما لايكون مصادفاً للمال وقت الحجر من التصرفات.

قوله: (إذ لاضرر فيه على الغرماء).

هذا تعليل للمذكورات في حيز قوله: (ولا يمنع مما لا يصادف المال...).

قوله: (أما لوصادف المال في الحال، فإن كان مورده عين مال، كالبيع والهبة والرهن والعتق، احتمل البطلان من رأس والايقاف، فإن

---

(١) في «م» و «ق»: ومؤنة، وما أثبتناه من مفتاح الكرامة ٥: ٣١٦ عن جامع المقاصد.

فضل تلك العين من الدين لارتفاع القيمة، أو لإبراء، أو غيرهما نفذ،

فضلت تلك العين من الدين لارتفاع القيمة أو الإبراء أو غيرهما نفذ).

هذا تفصيل لحال التصرفات المصادفة للمال حالاً، باعتبار كونها ممنوعا منها.

وحاصله: أنه لو تصرف في المال، فاما أن يكون مورده عين مال من أمواله أو ذمته، فان كان الأول كالبيع لشيء من أعيان أمواله والهبة والعتق، ففيه احتمالان:

أحدهما: بطلان التصرف من رأس، لأنه ممنوع منه على وجه سلبت أهليته، وكانت عبارته كعبارة الصبي، فيقع تصرفه باطلاً. وفيه نظر، لأن منعه على هذا الوجه غير ظاهر، إذ مطلق المنع والحجر لا يستلزم ذلك، وليس هناك شيء بخصوصه يقتضيه.

فان قيل: قول الحاكم: حجرت عليك، معناه: منعتك من التصرفات، ولا معنى للمنع منها إلّا تعذر وقوعها منه.

قلنا: الممنوع منه إنما هو التصرف المنافي لحق الغرماء، وذلك هو النافذ، أما غيره فلا دليل عليه، فالمتعذر وقوعه هو النافذ دون ما سواه، على أنَّ الحجر لو اقتضى المنع المذكور لسقط به اعتبار عبارة السفيه، مع أنه لو باع فأجاز الولي نفذ، فيجب أن يكون الحكم هنا كذلك بطريق أولى، فاذا أجاز الغرماء ذلك التصرف حكم بنفوذه.

والثاني: جعله موقوفا إلى انفصال أمر الديون، فان صرف الجميع في الدين فلا بحث في البطلان، وإن فضل شيء فليجعل تلك العين التي تعلق بها التصرف.

وتصور كون الشيء فاضلاً: بارتفاع القيمة السوقية، وبإبراء بعض الغرماء من حقه، وبغيرهما: كتجدد مال، وموت بعض الغرماء فورثه المدين.

ووجهه: أنه لا يقصر عن التصرف في مال غيره، فيكون كالفضولي، مع

فحينئذ يجب تأخير ما تصرف فيه، فإن قصر الباقي أبطل الأضعف كالرهن، والهبة، ثم البيع والكتابة، ثم العتق،

بقاء ملكه إلى حين الأداء إلى الغرماء، ويعضده ظاهر قوله تعالى: (أوفوا بالعقود)[1]، (الّا أن تكون تجارة عن تراض)[2]، (وأحلّ الله البيع)[3] وأمثال ذلك من عمومات الكتاب والسنة، وفي هذا قوة.

واعلم: أن تقسيم ما صادف المال في الحال من التصرف إلى: ما مورده العين، وما مورده الذمة غيرمستقيم، إذ مورد القسمة غير مشترك بين القسمين، فان مامورده الذمة ليس مصادفاً للمال في الحال قطعاً، فإن البيع بثمن في الذمة كالصداق في النكاح إذا كان في الذمة، وأمثال هذين لاتعلق لهما بالمال الموجود عند الحجر، ولايعد تصرفا فيه كما لايخفى، فلاتكون العبارة مستقيمة.

قوله: (فحينئذ يجب تأخير ما تصرف فيه، فإن قصر الباقي بطل الاضعف كالرهن والهبة، ثم البيع والكتابة، ثم العتق).

أي: فحين حكمنا بكون التصرف موقوفاً إلى أن ينظر ـ هل تفضل العين التي تعلق التصرف بها أم لا ـ يجب تأجير ما تصرف فيه، فلايباع ولايسلم إلى الغرماء إلى أن لايبقى غيره من أموال المفلس، فان قصر ما سواه عن الوفاء وكان التصرف متعدداً بطل الأضعف، ثم مايليه في الضعف.

وعلى هذا فلو اجتمعت من التصرفات الأنواع المذكورة، بطل الرهن والهبة، لأنها أضعف من الباقي، باعتبار جواز الرهن من جانب المرتهن، وكون الهبة موضوعة على الجواز، ثم البيع والكتابة، لأنها وإن كانا لازمين من الطرفين، إلّا أن العتق لكونه في نظر الشارع على التغليب، ولهذا كان من خواصّه السراية، ولايبعد على هذا أن يكون الوقف بمنزلة العتق، لأنّ كلاً منها لايقبل الفسخ،

---

(١) المائدة: ١.

(٢) النساء: ٢٩.

(٣) البقرة: ٢٧٥.

وإن كان المورد في الذمة فيصح كما لو اشترى في الذمة، أو باع سلماً، أو اقترض.

وليس للبائع الفسخ وإن كان جاهلاً، ويتعلق بالمتجدد

بخلاف باقي العقود.

ويحتمل إبطال أخير التصرفات، ثم مايليه إلى آخرها، كما في تبرعات المريض، ووجهه: أن المزاحمة إنما وقعت بين ديون الغرماء والتصرف الأخير، فيكون السابق ماضياً لعدم ماينافيه.

ويمكن الفرق بين تصرفات المريض وهذه؛ لأن الحجر على المريض إنما هو فيما زاد على الثلث خاصّة، فالتصرف بالزائد على الثلث هو الأخير، فيكون باطلاً دون ما سواه، بخلاف المفلّس، فانه محجور عليه في الجميع، فلايظهر فرق بين الأخير وغيره، لأن الجميع كالفضولي.

وإذا احتيج إلى بيع بعض الأعيان التي تعلق بها التصرف، أمكن أن يقال: إن جميع التصرفات موقوفة، ولابدّ من إبطال بعضها، ولا أولوية لبعض على غيره بشيء من الاعتبارين المذكورين، فان المتقدم والمتأخر سواء في كونهما موقوفين، والضعيف والقوي سواء في كونهما غير نافذين.

نعم لما لم يتصور في العتق أن يكون موقوفاً، حكمنا بكونه مراعى، فحقّه أن يكون نافذاً.

والتحقيق: أنا إن قلنا: أنّ الاجازة في الفضولي كاشفة لاناقلة، كانت جميع التصرفات مراعاة، فيظهر للتقدم أثر حينئذ، وحيث أنا رجّحنا هذا القول فيما سبق، كان هذا الاحتمال الأخير أقوى، وإليه مال في التذكرة[1] فعلى هذا لو وقعت التصرفات دفعة واحدة، احتمل القرعة والإبطال في الجميع.

قوله: (وإن كان المورد في الذمة فيصح، كما لو اشترى في الذمة أو باع سلماً أو اقترض، وليس للبائع الفسخ وإن كان جاهلاً).

---

(١) التذكرة ٢ : ٥٢.

-كالقرض، والمبيع، والمتهب، وغيرها- الحجر.

ولو باعه عبداً بثمن في ذمته بشرط الاعتاق، فإن ابطلنا التصرفات فالأقوى بطلان البيع، وإلّا جاز العتق ويكون موقوفاً، فإن قصر المال احتمل صرفه في الدين، لا رجوعه الى البائع، والأقوى صحة عتقه في الحال.

لو قال: وإن كان المورد الذمة كان أفصح، وقوله: (وليس للبائع الفسخ) يريد به: ولا للمشتري سلماً ولا للمقرض، ونبّه به على حكم غيره، وإنما لم يكن له الفسخ مع جهله، لأنه فرّط بإقدامه على معاملة من لم يعلم حاله، فكان كالراضي بعسره ويسره.

والأصل في العقد المملك، عدم التسلط على الفسخ والاخراج من الملك، إلّا بدليل شرعي، ولتعلق حقوق الغرماء بما دخل في ملكه، فلا يصح إبطاله.

ويعلم هذا من قوله (ويتعلق بالمتجدد- كالقرض والمبيع والمتهب وغيرها- الحجر) لأنها أموال للمفلس، وقد حكم الحاكم بتعلق الديون بأمواله، والحجر عليه منها، وهذا هو أصح الوجهين، والآخر عدم التعلق به، لأن الحجر معناه منع المفلس عن التصرف فيما بيده، فلا يتعدى إلى غيره. ويضعّف: بأن فائدة الحجر إيصال حقوق المستحقين إليهم، فيثبت في جميع أمواله إلى زمان فكّه.

قوله: (ولو باعه عبداً بثمن في ذمته بشرط الإعتاق، فان أبطلنا التصرفات فالأقوى بطلان البيع، وإلّا جاز العتق ويكون موقوفاً، فان قصر المال احتمل صرفه في الدين لا رجوعه الى البائع، والاقوى صحة عتقه في الحال).

إذا باع بائع المفلس عبداً بثمن في ذمته، وشرط في البيع أن يعتقه، بنى صحة البيع المذكور على أن تصرفاته المصادفة للمال الموجود عند الحجر هل هي باطلة أو موقوفة؟

. . . .

فان قلنا بالبطلان، كان الأقوى هنا القول ببطلان البيع، لأن الشرط الواقع فيه مخالف لحكم السنة، حيث أنه اقتضى التصرف في المال الموجود حين الحجر، فان العبد على تقدير صحة البيع مال للمفلس، لانتقاله إلى ملكه، والحجر يتعلق بالمتجدد كغيره على ما سبق، فيكون باطلاً، فيبطل البيع ببطلانه، لأن الشرط إذا بطل أبطل، خصوصا هنا، لأن إعتاق العبد غرض مطلوب للبائع مقابل بعوض، لأن الثمن حينئذ يكون أقل، فاذا فات فقد فات بعض الثمن، فتمتنع الصحة. ويتخرج على أن الشرط إذا بطل لايلزم بطلان العقد بقاؤه، فيمكن تسلط البائع على الفسخ حينئذ.

وفي هذا التفريع نظر، إذ لايلزم من بطلان التصرفات في الأموال التي تعلق بها حق الغرماء، بطلان ما ليس كذلك، فهو بمنزلة ما إذا كان المورد الذمة، وهنا لم تتعلق حقوق الغرماء بالعبد على تقدير صحة البيع، لأن تعلق حقهم بالمتجدد إنما هو في المتجدد الذي لم يشترط في سبب انتقاله ما يمنع تعلق حق الغرماء به، وهنا كذلك، لأن انتقال العبد مشروط في سببه العتق، وهو مناف، لتعلق حق الغرماء به، وإلّا لم ينفذ، فينتفي المانع من صحة الشرط، فيصح البيع، واختيار المصنف آخراً تنبيه على هذا.

وإن قلنا بكون التصرفات موقوفة صح البيع، لانتفاء المانع حينئذ، وجاز العتق، على معنى أنه يكون موقوفا، أي: مراعى، فان فضل نفذ العتق، وإن قصر المال احتمل صرفه في الدين، لأنه مال للمفلس.

ويحتمل رجوعه إلى البائع لفقد الشرط، فيتسلط على الفسخ، وإن كان المتبادر من عبارة الكتاب عدم مجيء هذا الاحتمال، ولا يخفى ضعف هذا التفريع، كما حققناه.

فلذلك قال المصنف في آخر البحث: (والأقوى صحة عتقه في الحال) أي: الأقوى صحة البيع والعتق في الحال، ولايبنى ذلك على كون التصرفات

ولو وهب بشرط الثواب، ثم أفلس لم يكن له اسقاط الثواب.

ولو أقر بدين سابق لزمه،

باطلة أو موقوفة، إذ ليس للغرماء في ذلك تعلق أصلاً، وهذا هو الأصح.

واعلم: أن نظم العبارة غير حسن، لما يظهر من المدافعة بين كون الأقوى بطلان البيع تفريعاً على كونها موقوفة، وبين ما صرح به آخراً من أن الأقوى صحة البيع والعتق في الحال، فلو قال: احتمل بناء البطلان هنا، ووقوعه موقوفاً على القولين السابقين، والأقوى الصحة وجواز العتق في الحال، لكان أحسن وأبعد من الخلل في الفهم.

قوله: (ولو وهب بشرط الثواب لم يكن له إسقاط الثواب).

لأنه مال ثبت عليه فلا يكون له إسقاطه، لأنه تصرف في المال بالإسقاط، فيكون ممنوعا منه، وهذا إنما يكون إذا كانت الهبة قبل الحجر، ولو شرط عليه في عقد لازم رهن عين من أمواله، فهل هو كاشتراط الثواب؟ يحتمل ذلك.

قوله: (ولو أقر بدين سابق لزمه).

أي: قولاً واحداً، لقوله عليه السلام: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»[1] وليس الاقرار كالإنشاء، حيث أن فيه قولاً بوقوعه باطلاً، فلا ينفذ أصلاً ولا بعد الحجر، والإقرار لا شك في نفوذه بعد الحجر، وفي نفوذه حالاً إشكال، سيأتي عن قريب ان شاء الله تعالى.

والفرق: أن مقصود الحجر المنع من التصرف، فيناسبه الغاء الإنشاء لكونه تصرفاً جديداً، وأما الاقرار فإنه إخبار عن تصرفات سابقة لم يتعلق بها الحجر، ولم يقتض الحجر سلب أهلية العبارة عن المحجور.

---

(١) اختلف العلماء في ان هذا القول حديث أم قاعدة؟ فبالاضافة الى جامع المقاصد ورد في المختلف وايضاح الفوائد بأنه حديث عنهم عليهم السلام وفي هامش الوسائل ورد تعليق بانه ليس بحديث، انظر: الوسائل ١٦: ١٣٣ باب ٣ حديث ٢، وعوالي اللآلي ٣: ٤٤٢ حديث ٥، والمختلف: ٤٤٣، وايضاح الفوائد ٢: ٤٢٨.

وهل ينفذ على الغرماء؟ اشكال، ينشأ: من تعلق حقهم بماله كالمرتهن، ومن مساواة الاقرار للبينة ولا تهمة فيه.

ولو أسنده الى ما بعد الحجر، فإن قال: عن معاملة لزمه خاصة لا في حق الغرماء،

قوله: (وهل ينفذ على الغرماء؟ إشكال، ينشأ: من تعلق حقهم بماله كالمرتهن، ومن مساواة الإقرار للبينة ولا تهمة فيه).

لا ريب أن تعلق حق الغرماء بمال المفلس أقوى من تعلق حق المرتهن بمال الراهن، لثبوت الحجر هنا بصريح حكم الحاكم، بخلافه هناك، فكما أن الراهن لو أقر بسبق رهن العين لآخر أو بيعه إياها لا يسمع في حق المرتهن، فهنا كذلك بطريق أولى، ويمنع مساواة الإقرار للبينة في جميع الأحكام، والتهمة على الغرماء موجودة، لأنه يريد إسقاط حقهم.

وتخيّل أن ضرر الإقرار في حقه أكثر منه في حق الغرماء ـ لأنه أثبت في ذمته مالاً للغير، ولا يُثْبت أحد في ذمته مالاً لشخص كذباً فراراً من أداء مال ثابت، فتنتفي التهمة ـ ضعيف، لإمكان المواطأة بينهما لقصد إضرار الغرماء بتأخير حقوقهم، ووقوع ذلك كثير، والأصح عدم النفوذ عليهم.

قوله: (ولو اسنده إلى ما بعد الحجر، فان قال: عن معاملة لزمه خاصة، لا في حق الغرماء).

أي: لو أسند الدين المقرّ به إلى ما بعد الحجر، أي: إلى السبب الحاصل بعد الحجر، فلا يخلو إما أن يقول: عن معاملة، أو يقول: عن إتلاف أو جناية، فان قال: عن معاملة لزمه حكم الاقرار خاصة.

وفسر المراد من قوله: (خاصة) بقوله: (لا في حق الغرماء) وإنما لم ينفذ في حق الغرماء هنا جزماً، لأن المعاملة الواقعة بعد الحجر متى تعلقت بأعيان أمواله كانت باطلة أو موقوفة، فلا يكون الاقرار بها زائداً عليها.

وإن قال: عن اتلاف مال أو جناية فكالسابق. وكذا الاشكال لو أقر بعين، لكن هنا مع القبول يسلّم الى المقر له وإن قصر الباقي.

قوله: (وإن قال: عن إتلاف مال أو جناية فكالسابق).

هذا هو القسم الثاني، وهو: ما إذا أقر بدين وأسنده إلى ما بعد الحجر وقال: انه لزمه باتلاف مال أو بجناية، ولا شبهة في لزوم الاقرار له، لكن هل ينفذ على الغرماء؟ فيه الاشكال (السابق، وهو المذكور فيما لو أقر بدين سابق على الحجر، فان في نفوذه على الغرماء إشكال)[١].

ومنشأ الاشكال في الموضعين واحد، وإنما فرق بين المعاملة (وبين الاتلاف والجناية، مع أنّ سبب الجميع بعد الحجر بمقتضى الاقرار، لأن المعاملة)[٢] لما كانت صادرة عن الاختيار والرضى من الجانبين، لزم الصبر بها إلى الفك، وأما الجناية والاتلاف فانهما ثبتا عن جهة القهر بغير رضى من المالك والمجني عليه، ولهذا إذا ثبت الجناية والاتلاف، ثبت الضرب بموجبها مع الغرماء، وسيأتي عن قريب إن شاء الله تعالى.

قوله: (وكذا الاشكال لو أقر بعين، لكن هنا مع القبول يسلم إلى المقر له وإن قصر الباقي).

أي: وكذا يجيءُ الاشكال السابق فيما لو أقر المفلس بعين من أعيان الأموال التي بيده لشخص، والراجح هناك راجح هنا، إلّا أنه هنا مع قبول الاقرار يسلم العين إلى المقر له، ولا ينظر إلى كون باقي أموال المفلس قاصراً عن ديون الغرماء، لأن الضرب إنما هو بالدين، وصاحب العين مختص بها.

إذا عرفت ذلك، ففي العبارة مناقشة، فان قوله: (وإن قصر الباقي) يقتضي ثبوت الحكم بتسليم العين إن لم يقصر الباقي وإن قصر على ما هو مقتضى

---

(١) ما بين القوسين لم يرد في «ق».

(٢) ما بين القوسين لم يرد في «م».

ولو كذّبه المقر له قسّمت، ومع عدم القبول إن فضلت دفعت إلى المقر له قطعاً، بخلاف المبيع فإن فيه اشكالاً.

العطف بـ (أن) الوصلية، وليس بمستقيم، إذ مع عدم القصور كيف يتصور صحة الحجر؟ ويمكن أن تجعل الواو حالية، أي: تسلم العين إلى المقرله، والحال قصر باقي الأموال عن حقوق الغرماء لما قلناه، ولا يخفى مافيه.

قوله: (ولو كذبه المقرّ له قسمت).

أي: لو كذب المقرّ له المحجور عليه في إقراره بكون العين له قسمت بين الغرماء، لتعلق حقوقهم بها سابقاً، وإخراجها عنهم إنما كان مع صحة الاقرار، ومع رد المقر له لايكون الاقرار صحيحاً.

ولا يشكل بأن الاقرار على تقدير نفوذه على الغرماء لايبطل بردّ المقر له وتكذيبه، بل تخرج العين عن المقرّ بالاقرار وإن لم يتعين مالكها، فيكون مالاً مجهول المالك، فكيف تعود إلى المقر وتقسم بين الغرماء؟ وسيأتي في الاقرار إن شاء الله تعالى تحقيق حال الإقرار إذا ردّه المقرّ له.

قوله: (ومع عدم القبول إذا فضلت دفعت إلى المقرّ له قطعاً، بخلاف المبيع فان فيه إشكالاً).

هذا معادل قوله: (لكن هنا مع القبول) أي: ومع عدم قبول الاقرار بالعين ـ بمعنى عدم نفوذه على الغرماء ـ إذا فضلت العين عن الديون بارتفاع القيمة ونحو ذلك، دفعت إلى المقرّ له قطعاً بغير إشكال، لأن إقرار العقلاء على أنفسهم جائز وإن لم ينفذ على الغرماء، بخلاف المبيع، فان في دفعه إلى المشتري لو فضل عن ديون الغرماء إشكالا، ينشأ من تكافؤ احتمالي بطلان التصرفات الواقعة، بعد الحجر المصادف للمال، وكونها موقوفة.

وقد بينا فيما مضى الفرق بين الأقارير والإنشاءات الصادرة من المفلس، حيث كانت الأُولى لازمة له ونافذة عليه قطعاً، والثانية محل تردد بين البطلان والنفوذ عليه لو فضلت العين التي تعلق التصرف الانشائي بها، ولو قسمت بطل

وكذا الاشكال لو ادعى أجنبي شراء عين في يده منه قبل الحجر فصدقه.

ولو قال: هذا مضاربة لغائب، قيل: يقر في يده.

جزماً، فلا حاجة إلى إعادته.

إذا تقرر هذا، فلو قسمت العين المقرّ بها، حيث لم ينفذ الاقرار على الغرماء ولم تف أمواله بديونه، وجب عليه للمقرّ له قيمتها إن كانت قيمية وإلّا فمثلها، لأداء دينه بمال الغير على قوله بأمر الشرع، فيلزمه الضمان.

قوله: (وكذا الإشكال لو ادّعى أجنبي شراء عين في يده منه قبل الحجر فصدقه).

أي: وكذا الاشكال في النفوذ على الغرماء وعدمه لو ادّعى أجنبي شراء عين في يد المفلس. ويحتمل أن يراد كونها في يد الأجنبي منه، أي: من المفلس، وفاعل المصدر، أعني: (شراء) محذوف، هو الأجنبي، فتتحصل صورتان لا يختلف حكمها:

أ: أن يدعي أجنبي شراءه من المفلس عيناً في يد المفلس فيصدقه.

ب: أن يدعي الأجنبي شراءه من المفلس عينا في يد الأجنبي فيصدقه، فان في نفوذ ذلك على الغرماء الاشكال، أما نفوذه في حقه فلا إشكال فيه، وقد علم حكم ذلك مما مضى.

قوله: (ولو قال: هذا مضاربة لغائب، قيل: يقرّ في يده).

القائل بذلك هو الشيخ في المبسوط، فانه قال: يقبل إقراره مع اليمين، فاذا حلف يقرّ في يده للغائب ولاتعلق به للغرماء[1]. ويضعف بأن إقراره على الغرماء لايسمع على الأصح، واليمين لا وجه له مع الاقرار ولايشرع لاثبات مال الغير، والأصح أنه لايسمع، ولو قلنا بالسماع لم ينفذ إقراره في يده، إذ الأصل عدم كونها يد عدوان.

---

(١) المبسوط ٢: ٢٧٩.

ولو قال: لحاضر وصدقه دفع اليه، وإلا قسّم، ويصبر من باعه بعد الحجر بالثمن إن كان عالماً.

ويحتمل في الجاهل بالحجر الضرب، والاختصاص بعين ماله، والصبر.

قوله: (ولو قال: لحاضر وصدّقه دفع إليه، وإلّا قسم).

أي: ولو قال هذا مضاربة لحاضر وصدّقه نفذ على الغرماء ودفع إليه ـ وفيه الاشكال السابق في قبول إقراره على الغرماء، والأصح عدم القبول ـ وإن لم يصدّقه قسّم بين الغرماء؛ لأن الاقرار يبطل بتكذيب المقر له، وفيه الاشكال المتقدم.

قوله: (ويصبر من باعه بعد الحجر بالثمن إن كان عالماً).

أي: وجوبا، لرضاه بذمته حيث علم اعساره، وتعلق حقّ الغرماء بأمواله.

قوله: (ويحتمل في الجاهل بالحجر الضرب، والاختصاص بعين ماله، والصبر).

قد سبق في كلامه أنه ليس للبائع الفسخ وإن كان جاهلا، وهنا رجع إلى التردد عن الجزم، حيث احتمل ثلاثة أمور:

أحدها: الفسخ والاختصاص بالعين، تمسكا بعموم قوله عليه السلام: «من وجد عين ماله فهو احق بها»[١].

الثاني: أنه غريم، لأنه صاحب دين، ولأنه أدخل في مقابل الثمن مالاً، فليضرب بالثمن، إذ ليس فيه إضاعة على الغرماء، بل زيادة لهم.

الثالث: الصبر إلى الفك، لأن الفسخ على خلاف الأصل، فيقتصر فيه

---

(١) التهذيب ٦:١٩٣ حديث ٤٢٠، عوالي اللآلي ٢:٢٥٦ حديث ٢، سنن أبي داود ٣:٢٨٦ حديث ٣٥١٩، سنن الدارقطني ٣:٢٨ حديث ١٠٣، ١٠٤، وفي الجميع اختلاف في الألفاظ والمعنى واحد.

وكذا المقرض، ويضرب المجني عليه بعد الحجر بالأرش، وقيمة المتلف، وأُجرة الكيّال والوزان والحمال، وما يتعلق بمصلحة الحجر يقدم على سائر الديون،

على موضع الدليل، والعموم ممنوع، فان المورد من سبقت معاملته على الحجر، والضرب مع الغرماء يقتضي إبطال حقهم من عين المال التي سبق تعلق حقهم بها، ولأن البائع أضر بنفسه وغرر بماله، حيث باع قبل أن يستعلم حال المشتري، فكان ذلك رضى منه بحاله، وأقرب الوجوه الأخير.

قوله: (وكذا المقرض).

أي: تحتمل فيه الوجوه الثلاثة، وتقريبها ما سبق، وأرجحها الأخير أيضا.

قوله: (ويضرب المجني عليه بعد الحجر بالأرش وقيمة المتلف).

أي: إن كانت الجناية على نفس آدمي أو طرف فالواجب الأرش، وإن كانت على مال فالواجب عوض التالف مثلاً أو قيمة، وإنما يضرب المجني عليه بأرش الجناية وقيمة المتلف ـ مع كون الجناية بعد الحجر ـ لانتفاء رضى المجني عليه، فحقه ثبت عند المفلس على وجه قهري، فيثبت له استحقاق الضرب كسائر الغرماء.

قوله: (وأُجرة الكيّال والوزّان والحمّال وما يتعلق بمصلحة الحجر تقدّم على سائر الديون).

لأنها لمصلحة الغرماء، فإنها وسيلة إلى إرباب[1] الديون الى أربابها، ولو لم تقدّم لم يرغب أحد في تلك الأعمال، فيحصل الضرر على المفلس والغرماء.

قال المصنف في التذكرة، وهذا كلّه إذا لم يوجد متطوع بذلك ولا في بيت المال سعة له، فان وجد متطوع أو كان في بيت المال سعة، لم يصرف مال

---

(١) تأريب الشيء: توفيره. انظر: الصحاح ١: ٨٧، القاموس المحيط ١: ٣٦.

وله الرد بالعيب مع الغبطة لا بدونها، وله الفسخ بالخيار، والإمضاء من غير تقييد بشرط الغبطة.

المفلس إليها[١].

أقول: إذا وجد المتطوع فلا شبهة في عدم جواز صرف الأُجرة من مال المفلس، أما مع وجود بيت المال فيشكل المنع من صرف الأُجرة من مال المفلس ـ فان ذلك لضرورة وفاء دينه، فكيف لا يجوز صرفه من ماله ـ نعم يجوز ذلك.

ومن مصالح الحجر: أُجرة المنادي، والبيت الذي تحفظ فيه الأمتعة، والدّكان ونحوها.

قوله: (وله الرد بالعيب مع الغبطة لا بدونها، وله الفسخ بالخيار والامضاء من غير تقييد بشرط الغبطة).

قد عرفت فيما مضى أن المفلس إنما يمنع من التصرف المبتدأ، فما ثبت قبل الحجر لا يدفعه الحجر إذ ليس بمبتدأ، فلو كان قد اشترى شيئاً ثم ظهر كونه معيباً، أو كان قد اشترى بخيار فله الفسخ في الموضعين والإمضاء، لكن يقيد الأول بوجود الغبطة في الفسخ، فلو كان المعيب يساوي أزيد من الثمن ولا ضرر في بقائه منع من الفسخ، بخلاف الخيار، فان له الفسخ مطلقاً، والفرق أن الخيار ثبت بأصل العقد لا على طريق المصلحة، فلا يتقيد بها، بخلاف الرد بالعيب، فانه ثبت على طريق المصلحة فيقيد بها، كذا قيل.

وفيه نظر، لأن كلاً من خيار العيب والشرط ثابت بأصل العقد، غاية ما في الباب أن أحدهما ثبت بالاشتراط والآخر بمقتضى العقد، ولم يكن ثبوت أحدهما مقيداً بغبطة ولا بعدمها، فوجب أن لا يقيد جواز الفسخ بواحد منها بوجود الغبطة، وهو الأصح، وإليه مال المصنف في التذكرة في آخر كلامه[٢].

---

(١) التذكرة: ٢: ٥٤.

(٢) التذكرة: ٢: ٥٤.

ويمنع من قبض بعض حقه، ولا يمنع من وطء مستولدته، وفي وطء غيرها من إمائه نظر، فإن احبل فهي أُم ولد.

ولا يبطل حق الغرماء منها مع القصور دونها.

ولو أقر بمال وأطلق لم يشارك المقر له؛ لاحتمال كون السبب لا يقتضي الضرب.

قوله: (ويمنع من قبض بعض حقه).

وذلك حيث لا يلزم قبض البعض إذا بذله من عليه، فلوكان الحق عن إتلاف مال كان له قبض البعض، ولو كان عوضاً في بيع لم يكن له ذلك، لأن فيه إسقاطاً لحق يتعلق بالمال، فيمنع منه، لأنه تصرف مبتدأ.

قوله: (ولا يمنع من وطء مستولدته).

لأن الحجر لا يتعلق بها، لما سيأتي من أنها لا تباع، والقول بوجوب مؤاجرتها لا يستلزم تعلق الحجر بها، إذ ذلك متعلق ببعض المنافع، ولو قلنا بوجوب بيعها جاء في المنع وجهان.

قوله: (وفي وطء غيرها من إمائه نظر).

ينشأ من أن منعه من التصرف في أمواله بالحجر، وأنه معرض للاتلاف بالإحبال، كذا قيل، ولا يتم إلّا إذا أبطلنا حق الغرماء بالاحبال، وسيأتي أنه لا يبطل به.

ومن أنه لا يقتضي إخراج ملك، وأنّ الاحبال لا يمنع حق الغرماء، والأصح الأول لثبوت الحجر.

قوله: (ولا يبطل حق الغرماء منها مع القصور دونها).

تقييده بالقصور دونها يدل على أن بيعها في الديون يجب أن يكون آخراً، لئلا يقدم على إبطال حق الاستيلاد بغير موجب.

قوله: (ولو أقر بمال وأطلق لم يشارك المقر له، لاحتمال كون السبب لا يقتضي الضرب).

ولو أقام شاهداً بدين وحلف معه جُعل في سائر أمواله، فإن نكل ففي احلاف الغرماء اشكال، وكذا لو كان الدين لميت ونكل الوارث.

هذا بناء على أن الاقرار بمال مستند إلى سبب قبل الحجر، أو إتلاف مطلق ماض على الغرماء، لكن في إطلاق المصنف عدم المشاركة بذلك مناقشة، لأنه إذا أمكن الاستفصال ينبغي أن يقال: يجب، ليعلم أيستحق الضرب أم لا؟ ويمكن أن يقال: نفي المشاركة بالاقرار المطلق لا ينافي وجوب الاستفصال.

قوله: (ولو أقام شاهداً بدين حلف معه).

لا شبهة أن الدعوى بالدين منه، لأنه مالكه، لكن إذا أعرض عن الدعوى فللغرماء الدعوى به، وكذا لأحدهم، لأنه يستحق قسطاً لو ثبت.

قوله: (فإن نكل ففي إحلاف الغرماء إشكال).

ينشأ: من أنه تعلق حقهم به فهو مال لهم بالقوة القريبة من الفعل، ومن أنه لا يمين لاثبات مال الغير، فان قلنا بحلفهم فامتنع البعض، استحق الحالفون بالقسط، كما لو حلف بعض الورثة لدين الميت.

والظاهر أن كل واحد منهم يحلف على ثبوت جميع الدين في ذمة المديون، لأن استحقاقه الحصة المعينة فرع على ذلك، إذ لو حلف على ثبوت الحصة لم يستحق إلّا بعضها.

ولا يقال: ان ذلك يستلزم إثبات باقي الدين لباقي الغرماء، لأنا نقول: إنما يثبت بذلك استحقاقه.

قوله: (وكذا لو كان الدين لميت ونكل الوارث).

أي: وكذا يجيء الاشكال لو كان الدين لميت له غرماء ونكل الوارث، والأصح في الموضعين عدم يمين الغرماء، لما قلناه من امتناع اليمين لإثبات مال الغير بالاجماع.

ويمنعه صاحب الدين الحال من السفر قبل الايفاء لا المؤجل، ولا يطالبه بتكفيل ولا إشهاد وإن كان الدين يحل قبل الرجوع،

قوله: (ويمنعه صاحب الدين الحال من السفر قبل الايفاء لا المؤجل).

هذه مسألة من أحكام الدين استطرد إليها فأدخلها في جملة أحكام الفلس للمشاركة، ومرجع الضمير في قوله: (ويمنعه) اما المديون بدلالة صاحب الدين عليه أو بدلالة المفلس عليه، لأنه مثله على حدّ قوله سبحانه: (وما يعمّر من معمر ولا ينقص من عمره)[1]، أي: من عمر آخر، لامتناع النقص من عمر من زيد في عمره بالتعمير، والحكم ظاهر، فان أداء الدين الحال مع المطالبة والتمكن من الأداء واجب على الفور، فله المنع من كل ما ينافيه، بخلاف المؤجل، لانتفاء الاستحقاق.

قوله: (ولا يطالبه بكفيل ولا إشهاد وإن كان الدين يحلّ قبل الرجوع).

أما عدم المطالبة بالكفيل، فلأنه ليس له المطالبة بالحق، فكيف يطالب بالكفيل لأجله وذلك فرعه، والتفريط من قبله، حيث رضي بالتأجيل من غير رهن ولا كفيل؟ ومثله المطالبة بالرهن والضامن.

وأما عدم المطالبة بالإشهاد، فلأصالة العدم، ولمثل ما قلناه سابقا، حيث رضي بالإدانة من دون إشهاد، والظاهر أن له ذلك، لأن في ترك الاشهاد ضرراً بيّناً، وهو منفي بالآية[2] والحديث[3]، ولعموم: (واستشهدوا شهيدين من رجالكم)[4] فيشمل ابتداء الإدانة، واستدامتها.

---

(١) فاطر: ١١.

(٢) الحج: ٢٢.

(٣) الكافي ٤: ٢٩٢، ٢٩٤ حديث ٢، ٨ و ٥: ٢٨٠ حديث ٤، التهذيب ٧: ١٤٦، ١٦٤ حديث ٦٥١، ٧٢٧، الفقيه ٣: ٤٥، ١٤٧ حديث ١٥٤، ٦٤٨، سنن ابن ماجة ٢: ٧٨٤ حديث ٢٣٤٠، مسند أحمد بن حنبل ٥: ٣٢٧.

(٤) البقرة: ٢٨٢.

ولا يمنع المالك من السفر معه ليطالبه عند الأجل، لكن لا يلازمه ملازمة الرقيب.

ومتى توجه الأمر بالإشهاد إلى صاحب الدين، فلا بد من إيجاب ذلك على المديون، وإلّا لم تكمل فائدة الأمر، ولأن حقيّة الدين ثابتة، إنما المنتفي استحقاق المطالبة قبل الأجل، فكّل ما يفرع على استحقاق الأخذ من الرهن والضمين والكفيل لا يجب، بخلاف ما كان مرتباً على أصل الدين، وهو الإشهاد.

والحاصل: أن في منع ثبوت المطالبة بالاشهاد ضرراً عظيماً، وليس فيه تكليف بأداء الدين ولا ما يجري مجراه، فلا أقل من القول بثبوت المطالبة به، وهو مقرّب المصنف في التذكرة[1].

ولا فرق في هذه الأحكام بين كون الدين حلّ قبل الرجوع أم لا، بل لو بقي من الأجل نصف نهار فانشأ سفراً طويلاً لم يكن له المنع، لانتفاء الاستحقاق حينئذ، خلافا لمالك[2] ولبعض الشافعية[3].

قوله: (ولا يمنع المالك من السفر معه ليطالبه عند الأجل، لكن لا يلازمه ملازمة الرقيب).

أما الجواز مع عدم الملازمة فظاهر، وأما المنع من الملازمة فلما فيه من الاضرار بالملازمة من غير استحقاق.

إذا ثبت هذا، فاذا حلّ الأجل وهو في السفر وتمكن من الأداء، وجب عليه: إما برجوعه، أو بانفاذ وكيله، أو بانفاذ رسالته، أو بغير ذلك من الوجوه التي تكون طريقاً إلى الأداء، كذا قال في التذكرة[4]، وهذا ناظر إلى عدم وجوب الأداء في غير بلد الدين، وقد حققنا ما فيه في كتاب البيع وكتاب الدين.

---

(١) التذكرة: ٢: ٥٥.

(٢) فتح العزيز مع المجموع ١٠: ٢١٥، وبلغة السالك ٢: ١٢٥.

(٣) ذهب اليه الروياني من الشافعية كما في فتح العزيز ١٠: ٢١٦.

(٤) التذكرة ٢: ٥٥.

المطلب الثالث: في بيع ماله وقسمته:

ينبغي للحاكم المبادرة الى بيع ماله لئلا تطول مدة الحجر، واحضار كل متاع الى سوقه، واحضار الغرماء،

قوله: (ينبغي للحاكم المبادرة إلى بيع ماله لئلا تطول مدة الحجر).

صرح المصنف في التحرير بوجوب ذلك[1]، وفي التذكرة بالاستحباب[2]، والوجوب أظهر، وعبارته هنا تحتمل الأمرين، وإن كانت أظهر في الاستحباب، إلّا أن التعليل يرشد إلى الوجوب، فان المنع من التصرفات بالحجر على خلاف الأصل، فيجب الاقتصار فيه على قدر الحاجة، قال في التذكرة: ولايفرط في الاستعجال لئلا يطمع فيه المشترون بثمن بخس[3]، وهو حسن.

قوله: (وإحضار كلّ متاع إلى سوقه).

هذا أيضاً يحتمل الأمرين، وقد صرح في التذكرة بجواز بيع المتاع في غير سوقه بثمن مثله[4]، ولايبعد الوجوب، إلّا أن يقطع بانتفاء الزيادة باحضاره في سوقه، فلو شقّ نقله إلى سوقه نودي عليه فيه.

قوله: (وإحضار الغرماء).

هذا أيضا محتمل، وقد صرح في التذكرة[5] باستحباب إحضارهم وإحضار المفلس أو وكيله، ولا ريب لو رجي بحضورهم زيادة نفع وجب، مع ما فيه من الفوائد، فان المفلس أخبر بمتاعه، وأعرف بجيده من رديّه وثمنه، ويعرف

---

(١) التحرير ١: ٢١٦.

(٢) التذكرة ٢: ٥٥.

(٣) التذكرة ٢: ٥٥.

(٤) التذكرة ٢: ٥٦.

التذكرة ٢: ٥٥.

والبدأة بالمخوف تلفه، ثم بالرهن والجاني،

المعيب من غيره، ولأنه تكثر الرغبة بحضوره، فان شراء المال من مالكه أحبّ إلى المشترين، ولأنه أبعد من التهمة، وأطيب لقلب المفلس، وليطلع على العيب إن كان، فيباع على وجه لايرد، ومثل هذا في الرهون، وفي إحضار الغرماء طيب قلوبهم، والبعد من التهمة، ورجاء الزيادة منهم.

قوله: (والبدأة بالمخوف تلفه).

لا ريب في وجوب هذا، لوجوب الاحتياط على الأُمناء والوكلاء في أموال مستأمنيهم، فالحاكم أولى، فان تصرفه قهري، فلا يجوز له تعريض مال من حجر عليه للتلف، فيبيع الفاكهة والطعام ونحوهما أولاً.

ويمكن أن يقال: كون الشيء مخوفاً تلفه في نفسه لا يقتضي حصول خوف التلف في الوقت، فلا يلزم وجوب المبادرة إليه، لأن ذلك إنما هو عند خوف التلف، ولا يلزم من كون الشيء مخوف التلف باعتبار شأنه (وجنسه)، أن يكون مخوف التلف في وقته.

قوله: (ثم بالرهن والجاني).

قال في التذكرة: ثم الحيوان لحاجته إلى النفقة وكونه عرضة للهلاك[١]، ويظهر من التحرير[٢] موافقة التذكرة، وليس ببعيد ما قاله في التذكرة.

ثم يبيع الرهن والجاني، فربما بقي بقية عن الدين وعوض الجناية، فتصرف إلى الغرماء، أو يقصر الرهن عن الدين، فيضرب المدين بالزائد، وهذا الحكم كالذي قبله ينبغي أن يكون على الوجوب.

---

(١) التذكرة ٢: ٥٥.

(٢) التحرير ١: ٢١٦.

والتعويل على مناد مرضي عند الغرماء والمفلس، فإن تعاسروا عيّن الحاكم، وأجرته على المفلس.

قوله: (والتعويل على مناد مرضي عند الغرماء والمفلس، فان تعاسروا عين الحاكم).

هذا الحكم أيضا ينبغي أن يكون على طريق الوجوب، لأن الحق في ذلك للمفلس فانه ماله، والغرماء لأنهم استحقوا صرفه إليهم بدينهم، وإن كانت العبارة محتملة، وفي التذكرة عبر بـ (ينبغي)[1].

وجملة القول فيه: أن الحاكم يردّ إليهم التعيين، فان اتفقوا على مناد وكان مرضياً -أي: ثقة- أمضاه الحاكم، وإلا ردّه وعيّن مرضياً، وليس ذلك كالراهن والمرتهن إذا اتفقا على غير ثقة لبيع الرهن، إذ لا نظر للحاكم معهما، بخلاف ماهنا، فان للحاكم نظراً في مال المفلس، إذ الحجر بحكمه، وربما ظهر غريم فيتعلق حقه.

ولو اختار المفلس شخصاً واختار الغرماء غيره، فان كان أحدهما متطوعاً دون الآخر، قدّم المتطوع إذا كان مرضياً، وإن كانا متطوعين مرضيين، ضمّ أحدهما إلى الآخر أخذاً بمجامع الاحتياط، وإن كانا غير متطوعين اختار أوثقهما وأعرفهما وأقلهما أُجرة ومن هذا يعلم أن عبارة الكتاب تحتاج إلى تنقيح.

ثم إن كان المبيع رهناً أو جانيا، أمر بدفع الثمن إلى المرتهن، أو ولي المجني عليه إن لم يزد على الحق، فان زاد دفع ماعدا الزيادة، وإن لم يتعلق به إلّا حق الغرماء، أمرهم باختيار ثقة يكون المال عنده مجموعاً إلى زمان القسمة.

قوله: (وأُجرته على المفلس).

قد تقدم كلام التذكرة في أن أُجرة الدّلال ونحوه من بيت المال، ومع التعذر فمن مال المفلس[2]، وإطلاق هذه العبارة ينافيه.

---

(١) التذكرة ٢: ٥٦.

(٢) التذكرة ٢: ٥٦.

ولا يسلّم المبيع قبل قبض الثمن، بل متأخراً أو معاً، وإنما يبيع بثمن المثل بنقد البلد حالاً، فإن خالف جنس الحق صرف اليه، ثم يقسّم الثمن على نسبة الديون الحالة خاصة.

قوله: (ولا يسلم المبيع قبل قبض الثمن، بل متأخراً أو معاً).

هذا الحكم أيضا على طريق الوجوب، عملاً بالاحتياط التام في حفظ المال، والظاهر أن رضى المفلس والغرماء لا أثر له في جواز التسليم قبل القبض، لإمكان غريم آخر، فدينه متعلق بالمال.

قوله: (وإنما يبيع بثمن المثل بنقد البلد حالاً).

لا يجوز البيع بدون ثمن المثل في ذلك الزمان والمكان، لما فيه من الضرر، بل يبيع بثمن المثل فصاعداً إن أمكن، حتى لو كان بقرب بلد المفلس بلد فيه قوم يشترون العقار في بلد المفلس ـ كذا قال في التذكرة[1]، ولا وجه لتخصيص العقار، بل وكذا غيره ـ أنفذ الحاكم إليهم وأعلمهم ليحضروا للشراء، فيتوفر الثمن على المفلس.

وكذا لا يبيع إلا بنقد البلد وإن كان من غير جنس حق الغرماء، لأنه أوفر، ولأن التصرف على الغير يراعى فيه المتعارف في المعاملة، ولا يبيع إلا حالاً، لما سبق من وجوب قبض الثمن أولاً، ولما في إدامة الحجر من الضرر.

قوله: (فان خالف جنس الحق صرف إليه).

أي: إن خالف نقد البلد الذي وجب البيع به جنس حق الغرماء، صرف ما يبيع به إلى الجنس وجوباً، لكن إذا لم يرض به الغرماء، فان رضوا جاز صرفه إليهم برضى المفلس، وإلّا وجب الصرف، لأن ذلك معاوضة لا تجوز إلّا بتراضيهما.

---

(١) المصدر السابق.

ولا يكلف الغرماء حجة على انتفاء غيرهم، بل يكتفي بإشاعة حاله بحيث لو كان لظهر، فإن اقتضت المصلحة تأخير القسمة جُعل في ذمة مليءاحتياطاً، فإن تعذر أودع، ولا تباع دار السكنى، ولا خادمه، ويباع فاضلها.

قوله: (ولا يكلف الغرماء حجة على انتفاء غيرهم، بل يكتفي باشاعة حاله، بحيث لو كان لظهر).

بخلاف الورثة، فانهم يكلفون إقامة البينة على أنه لا وارث غيرهم، والفرق أن الورثة أضبط من الغرماء، والاطلاع على انتفاء غيرهم أسهل من الاطلاع على انتفاء غريم آخر، وهذه شهادة على النفي يعسر تحصيلها ومدركها، فلا يلزم من اعتبارها حيث كان الضبط أسهل اعتبارها حيث كان أعسر.

قوله: (فإن اقتضت المصلحة تأخير القسمة جعل في ذمة مليء احتياطا، فان تعذر أودع).

اعتبر في التذكرة[١] في المقترض مع الملاءة الأمانة، وصرح بأن ذلك على طريق الأولى، فلو أودع مع وجود المقترض الأمين المليء جاز، ولا يجوز تأجيل القرض بسبب يقتضيه من اشتراط في بيع ونحوه.

قال أيضا: وينبغي أن يودع ممن يرتضيه الغرماء، فان اختلفوا أو عينوا من ليس بعدل، لم يلتفت الحاكم وعين هو من أراد من الثقات، ولا يودع من ليس بعدل[٢]، ولم يعتبر رضى المفلس، وينبغي اعتباره.

قوله: (ولا تباع دار السكنى ولا خادمه، ويباع فاضلها).

هذا إذا كان من أهل الاخدام، ومثله فرس ركوبه، وينبغي أن يراد بالفاضل: ما يعمّ الفاضل باعتبار العين وباعتبار القيمة، فاذا كانت الدار واسعة يكتفي ببعضها، أو نفيسة يكفيه دار بقيمة بعضها، أو الخادم متعدداً أو نفيساً

---

(١) التذكرة ٢: ٥٦.

(٢) المصدر السابق.

ويجري عليه نفقته مدة الحجر، ونفقة من تجب عليه نفقته بالمعروف، وكسوته جاري عادة امثاله الى يوم القسمة، فيعطى نفقتهم ذلك اليوم خاصة.

ولو اتفقت في طريق سفره فالأقرب الإجزاء الى يوم وصوله،

كذلك، وجب البيع والاقتصار على ما يكتفي، وكذا فرسه.

ويجب أن يترك له دست ثوب يليق بحاله صيفاً وشتاءً، قال في التذكرة: والأولى الاعتبار بما يليق بحاله في إفلاسه لا في حال ثروته، ولو كان يلبس في حال الثروة دون ما يليق بحاله تقتيراً لم يزد عليه في الافلاس[1]. وينبغي أن يقيد بعدم زيادته على ما يليق بحال الافلاس، ويترك لعياله من الثياب ما يترك له، ويسامح باللبد والحصير القليل القيمة، لا بالبسط ونحوها.

فرع: لو كان شيء من هذه مرهوناً، بيع في الدين بمقتضى الرهانة.

قوله: (ويجري عليه نفقته مدة الحجر، ونفقة من تجب عليه نفقته بالمعروف وكسوته، جاري عادة أمثاله إلى يوم القسمة، فيعطي نفقتهم ذلك اليوم خاصة).

(جاري عادة أمثاله) قيد في (نفقته ونفقة من تجب عليه نفقته) وقوله: (بالمعروف) كالمستغني عنه، لأن اعتبار (جاري عادة أمثاله) يغني عنه، لأن الاسراف والتقتير خارج عن جاري العادة، ولو مات بعض من ينفق عليه في أثناء النهار قيل: يرجع بنفقة الباقي.

قوله: (ولو اتفقت في طريق سفره، فالأقرب الاجزاء إلى يوم وصوله).

ظاهر العبارة الانفاق إلى يوم وصوله إلى منزله، وهو مستقيم إن لم يكن دونه موضع آخر، فان كان دونه بلد آخر أو نحوه، ففي وجوب الاجزاء إلى وطنه المألوف إشكال، ووجه القرب الاضرار المؤدي إلى الهلاك، أو المشقة العظيمة

---

(١) التذكرة ٢: ٥٧.

ويقدّم كفنه الواجب، فإن ظهر بعد القسمة غريم رجع على كل واحد بحصة يقتضيها الحساب.

ويحتمل النقض،

لولاه، واحتمال العدم في هذه الصورة ضعيف جداً.

قوله: (ويقدم كفنه الواجب).

اجماعا، وكذا كفن زوجته ومملوكه لاقريبه، إذ لايجب تكفين القريب على الموسر كما سبق في أول الكتاب.

قوله: (فان ظهر بعد القسمة غريم، رجع على كل واحد بحصة يقتضيها الحساب، ويحتمل النقض).

وجه الأول: انّ كلّ واحد من الغرماء ملك ما هو قدر نصيبه بالاقباض الصادر من أهله في محله، فلايجوز النقض، لأنه يقتضي إبطال الملك الثابت، أما الحصة الزائدة على قدر نصيبه باعتبار الغريم الآخر، فانها غير مملوكة له فتستعاد.

ووجه الثاني: أن القسمة الواقعة وأحد المستحقين غائب باطلة، لتوقفها على رضى الجميع، فيجب نقضها.

ويضعف بان ذلك في الشركاء، وهنا لاشركة، إذ المال للمفلس، نعم يستحقون الايفاء، فلايستحق الغريم الآخر سوى الحصة، وما سواها لاحق له فيه، فيكون صرفه إلى الديون معتبراً.

وبنى الشارح الاحتمالين على أن الدين هل يتعلق بالتركة تعلق الدين بالرهن، أو الأرش برقبة الجاني؟ فعلى الأول يتخرج الاحتمال الأول، وعلى الثاني الثاني[1].

وهذا البناء فاسد، لأنه لايلزم من كون تعلقه بها كتعلق الأرش برقبة الجاني، ثبوت القسمة حقيقة، التي هي فرع الشركة الحقيقية، فان المجني عليه لم

---

(١) ايضاح الفوائد ٢: ٧٠.

فبي الشركة في النماء المتجدد اشكال.

يملك الجاني، ولا شيئاً منه بمجرد الجناية، وإن استحق ذلك.

ثم اعلم أن فائدة الاحتمالين تظهر في مواضع:

أ: إذا تصرف واحد في مقدار نصيبه، فعلى الأول يمضي، وعلى الثاني يجب بدله.

ب: وجوب الزكاة إذا بلغ النصيب النصاب واجتمعت الشروط على الأول، دون الثاني.

ج: إذا أتلف واحد ما أخذه وكان معسراً، فعلى الأول يرجع على الباقين بالحصة التي يقتضيها الحساب، وعلى الثاني ما أتلفه المعسر بالنسبة إلى باقي الغرماء بمنزلة التالف، فيجمعون ما سواه ويقتسمونه بينهم سوى المعسر.

د: لو زادت القيمة الآن، فعلى الأول تعتبر قيمة الحصة خاصة، فان ما سواها مملوك للقابض، فتستعاد الحصص وتعدّل بين الغرماء. ويمكن أن يقال: لما زادت قيمة الحصص وهي في يد الغرماء وقد قبضوها عن دينهم، ملكوا منها الآن نصيبهم بعد الحساب، فلا يستعاد منها إلا حق الغريم.

هـ: لو حصل نماء، وهو في كلام المصنف.

قوله: (فبي الشركة في النماء المتجدد إشكال).

هذا متفرع على الاحتمالين السابقين، أي: فبناء على الرجوع بالحصة أو النقض، في حال النماء المتجدد في يد الغرماء إشكال، يلتفت إلى الاحتمالين المذكورين.

فعلى الرجوع بالحصة، النماء مشترك بين المفلس والغرماء على نسبة المملوك بالقبض، فاذا كان دين الغريم الظاهر بقدر عشر مجموع الديون كلّها بعد اعتباره معها مثلاً، ملك كلّ واحد من القابضين تسعة أعشار المقبوض، فيملك تسعة أعشار النماء؛ ويبقى عشر المقبوض وعشر النماء على ملك المفلس، فيجمع

ولو تلف المال بعد النقض ففي احتسابه على الغرماء اشكال.

الجميع ويدفع الحصة إلى الغريم الظاهر، ويقسم نماؤها بين الجميع.

وعلى احتمال النقض لاشركة، بل الأصل والنماء باق على ملك المفلس، فيقسم الجميع بين الغرماء.

واعلم: أن المتبادر من العبارة تفريع الشركة في النماء وعدمه على احتمال النقض، وليس مراداً ولاصحيحاً في نفسه، وهو ظاهر. وكذا المتبادر أن الشركة في النماء وعدمها بين الغريم الظاهر وباقي الغرماء، لا بينهم وبين المفلس، وهو الذي فهمه الشارح[1]، ولاشبهة في أنه غلط لامحصل له، يظهر ذلك بأدنى تأمل، بل المراد: الشركة بين المفلس والغرماء وعدمها، وإن صعب فهمه من العبارة، باعتبار عدم ذكر المفلس هنا.

مركز تحقيقات كامپيوتري علوم اسلامي

ثم في كلام المصنف مناقشة، فانه قد اختار الرجوع بالحصة وجعل النقض احتمالاً، فكيف يكون عنده في الشركة وعدمها إشكال؟ مع أن الاشكال يقتضي تكافؤ الطرفين عنده، والأصح الرجوع بالحصة والاشتراك في النماء.

قوله: (ولو تلف المال بعد النقض، ففي احتسابه على الغرماء إشكال).

هذا تفريع على احتمال النقض، أي: لو تلف المال في يد الغرماء بغير تفريط وظهر غريم بناء على النقض، ففي احتسابه عليهم بحيث يجب عليهم الغرم إشكال، ينشأ: من عدم التفريط وأصالة البراءة، ومن أنهم قبضوه للاستيفاء، والقبض يضمن بفاسده كما يضمن بصحيحه، مع تأيده بظاهر قوله عليه السلام: «على اليد ما اخذت»[2] وهو الأصح.

---

(١) ايضاح الفوائد ٢: ٧٠.

(٢) عوالي اللآلي ٣: ٢٥١ حديث ٣، سنن البيهقي ٦: ٩٥، سنن الترمذي ٢: ٣٦٨ حديث ١٢٨٤، سنن ابن ماجة ٢: ٨٠٢ حديث ٢٤٠٠، مسند أحمد ٥: ٨، ١٢، ١٣.

ولو خرج المبيع مستحقاً رجع على كل واحد بجزء من الثمن إن كان قد تلف، ويحتمل الضرب؛ لأنه دين لزم المفلس، والأقرب التقديم؛ لأنه من مصالح الحجر لئلا يرغب الناس عن الشراء.

واعلم أن في كلام المصنف مناقشتين:

إحداهما: أنه قد سلف في الرهن الجزم بالضمان بفاسد القبض للاستيفاء، وكذا في نظائره، فلا وجه للاشكال هاهنا.

الثانية: تقييده التلف بكونه (بعد النقض) لامحصّل له، لأنه إن أراد بـ(النقض)تصريح الحاكم بقوله: نقضت القسمة، فلا أثر لهذا القول، والقسمة منقوضة مع هذا القول وعدمه، وإن أراد أخذ المال منهم ثم إعادته إليهم على طريق الاستئمان، فلا ضمان هنا قطعاً، أو يريد بـ (النقض) علمهم بوجود الغريم المقتضي له، فلا يخرج بذلك عن حكم القبض للاستيفاء، لأنه لم يدخل في أيديهم إلّا على هذا الوجه.

قوله: (ولو خرج المبيع مستحقاً، رجع على كل واحد بجزء من الثمن إن كان قد تلف، ويحتمل الضرب، لأنه دين لزم المفلس، والأقرب التقديم، لأنه من مصالح الحجر، لئلا يرغب الناس عن الشراء).

أي: لو خرج المبيع من مال المفلس ظاهراً مستحقاً، فأخذه مالكه، رجع المشتري على كلّ واحد من الغرماء بجزء من الثمن، يقتضيه الحساب بعدضميمة الثمن إلى الديون إذا تلف الثمن، فيقدم به على الغرماء.

ويحتمل الضرب به مع الغرماء، لأنه دين لزم المفلس، فهو من جملة الديون ، إذ المتلفات بعد الحجر يضرب مستحقها مع الغرماء.

والأقرب عند المصنف هو الاحتمال الأول، أعني: التقديم بالثمن على الغرماء، لما ذكرهُ من أن ذلك من مصالح الحجر، فانه لولا ذلك لكان الناس ـ لتجويزهم ظهور الاستحقاق، وحصول التلف للثمن ـ يرغبون عن الشراء، خوفاً من فوات بعضه باستحقاق الضرب، فتقل الرغبات في شراء أموال المفلسين،

ولو بذل زيادة بعد الشراء استحب الفسخ، فإن بقي من الدين شيء لم يستكسب.

فتنقص القيمة، فيحصل الضرر للمفلس، فينحصر الضمان فيه فيقدم به، أو يضرب والغرماء ، بخلاف ما إذا أمنوا باعتقاد الرجوع إلى جميع الثمن، وما قربه المصنف جيد.

إذا تقرر هذا، فلابد من تحرير المسألة، فان التلف للثمن إما أن يكون قبل قبض الغرماء إياه، أو بعده.

فان كان الأول، فتلفه في يد الحاكم أو الأمين كتلفه في يد المفلس، لأنها كيده، فينحصر الضمان فيه، فيقدم به، أو يضرب مع الغرماء على الاحتمالين، ولكن هذا إذا لم يكن الغصب معلوماً عند القابض، وإلّا استقر الضمان عليه، لأنه غاصب.

وإن كان الثاني، فان تلفه في يد الغرماء مضمون، لقبضهم إياه للاستيفاء، فيتخير المشتري في الرجوع عليهم جميعاً كلّ بقدر ما تلف في يده، والرجوع على المفلس، فيقدم به أو يضرب مع الغرماء.

فان رجع على الغرماء لم يرجعوا على المفلس، سواء كانوا عالمين أو جاهلين، لأن قبضهم كان مضموناً، نعم له الرجوع بدينهم، لأن القبض لم يحصل به إيفاء الدين، لأن ذلك مال الغير.

وإن رجع على المفلس، رجع هو على الغرماء، لما قلناه.

قوله: (ولو بذلت زيادة بعد الشراء استحب الفسخ).

أي: استحب للحاكم أن يفسخ العقد اللازم إذا رضي المشتري، ويستحب للمشتري الرضى، أما لو كان هناك ما يقتضي الفسخ كخيار فلا إشكال في وجوب الفسخ.

قوله: (فإن بقي من الدين شيء لم يستكسب).

وهل تباع أم ولده من غير رهن؟ نظر، فإن منعناه في مؤاجرتها ومؤاجرة الضيعة الموقوفة نظر، ينشأ: من كون المنافع أموالاً كالأعيان، ومن كونها لا تعد مالاً ظاهراً، والأول أقوى.

لظاهر قوله تعالى: (فنظرة إلى ميسرة)[1] وللرواية عن علي عليه السلام[2]، فلا يجبر على أخذ الزكاة والصدقة، ولا المرأة على التزويج لتأخذ المهر.

قوله: (وهل تباع أُم ولده من غير رهن؟ نظر، فان منعناه، ففي مؤاجرتها ومؤاجرة الضيعة الموقوفة نظر، ينشأ: من كون المنافع أموالاً كالاعيان، ومن كونها لاتعدّ مالاً ظاهراً، والأول أقوى).

أما منشأ النظر الأول: فمن تعارض عمومي بيع أمواله ـ فان أُم الولد مال ـ ومنع بيع أُمهات الأولاد إلا فيما استثناه النصّ، ولانصّ هنا.

وهذا النظر ينافي ما سبق من جزم المصنف بجواز وطء المفلس أم ولده، وتردده في وطء غيرها من الإماء، فانه على هذا التردد يجب التردد هناك أيضاً، إذ هي على أحد الاحتمالين من متعلقات الحجر.

ومنشأ النظر الثاني: من التردد في أن المنافع تعدّ أموالاً أم لا؟ وإن كان ما ذكره المصنف كالمتدافع. وقوله: (لاتعدّ مالاً ظاهراً) يريد به: أنها لاتعدّ في الظاهر بين الناس مالاً، أولاتعدّ من الأموال الظاهرة، بل هي من الاموال الخفية.

وبالجملة فالعبارة لاتخلو من تعقيد، والأولى توجيه النظر بما قلناه، وماقوّاه من وجوب المؤاجرة قوي.

فان قيل: لو كانت المنافع أموالاً، لوجب باعتبارها الحج.

قلنا: يحتمل ذلك، ولو قلنا بالعدم أمكن التفصّي من اللزوم، بأن الحج

---

(١) البقرة: ٢٨٠.

(٢) الفقيه ٣: ١٩ حديث ٤٣، التهذيب ٦: ١٩٦ حديث ٤٣٣، الاستبصار ٣: ٤٧ حديث ١٥٦.

وإذا لم يبق له مال، واعترف به الغرماء فك حجره، ولا يحتاج الى إذن الحاكم، وكذا لو اتفقوا على رفع حجره.

إنما يجب بالمال الحاضر، والمنفعة تتجدد شيئاً فشيئاً، ولا يوثق ببقائها، بحيث يستوفى الجميع، فيستقر ملك الأجرة، فلايوجب عليه الإقدام على ارتكاب هذا الأمر الخطير.

نعم لو أجر الأعيان بمقدار المؤونة، وجب حينئذ، لكونه مالكاً.

قوله: (وإذا لم يبق له مال واعترف به الغرماء فك حجره، ولا يحتاج إلى إذن الحاكم).

المراد: إذا لم يبق له مال بعد القسمة للمال الموجود، وإنما فكّ حجره حينئذ لأن الحجر لحفظ المال على الغرماء، وقد حصل الغرض، فيزول الحجر، خلافا للشافعي في احد قوليه[1].

لكن يشكل على هذا الحجر على من لامال له، فلو رفع عنه الحجر لانتفاء المال، وجب أن لايصحّ الحجر على من لا مال له، إلّا أن يقال: الحجر في هذا القسم لايرتفع إلّا بفك الحاكم عندما يقتضيه نظره واجتهاده.

قوله: (وكذا لو اتفقوا على رفع حجره).

هذا أحد الوجهين، وقد قوّاه المصنف في التذكرة، لأن الحجر لهم، وهو حقهم، وهم في أموالهم كالمرتهن في المرهون[2]. ويحتمل التوقف على مراجعة الحاكم، لأن الحجر على المفلس لايقتصر على الغريم الملتمس، بل يثبت على العموم، ومن الجائز أن يكون له غريم آخر.

قال في التذكرة: والوجهان مفرعان على أن بيع المفلس من الأجنبي لايصحّ، فان صحّ فهذا أولى[3]، والذي يقتضيه النظر عدم التوقف، لأن الأصل

---

(١) فتح العزيز مع المجموع ١٠: ٢٢٥.

(٢) التذكرة ٢: ٥٨.

(٣) المصدر السابق.

ولو باع من غير الغرماء بإذن فالأقرب الصحة، ولو باع من الغريم بالدين ولا دين سواه صح على الأقوى؛ لأن سقوط الدين يُسقط الحجر.

عدم غريم آخر.

ولو بقي الحجر لأجله، لزم استمراره بعد القسمة ما بقي الاحتمال، وهو ضرر منفي، على أنه لو بقي الحجر لأجله لم يكن للحاكم رفعه، كما أنه ليس له رفع الحجر قبل القسمة من دون رضى الغرماء.

قوله: (ولوباع من غير الغرماء باذن فالأقرب الصحة).

وجه القرب يعلم مما سبق، فان الحجر لحقهم، والأصل عدم غريم آخر.

ولقائل أن يقول: الحجر وإن كان لحقهم ظاهراً، إلّا أنه من الممكن كونه لحقهم وحق غيرهم، بأن يكون للمفلس في الواقع غريم آخر، فبعد ظهوره يتبين عدم نفوذ البيع، فيكون عند إيقاعه غير معلوم الصحة، وهو الاحتمال الآخر.

ويمكن أن يقال: عموم الحجر بالنسبة إلى غير الملتمس من الغرماء يقتضي المشاركة في الضرب، أما توقف صحة البيع على إذنه مع كونه غير معلوم فباطل، لامتناع الخطاب حينئذ، ولا دليل يدلّ على تعلقه بعد الظهور، ولامتناع إبطال تصرف ثبتت صحته، وكذا توقف صحة العقد على إذن الحاكم لا دليل عليه، مع كونه إنما حجر عليه لحقوق الغرماء، والقول بالصحة قريب، وإن كان التوقف على إذن الحاكم أولى.

قوله: (ولو باع من الغريم بالدين ولا دين سواه صحّ على الأقوى، لأن سقوط الدين يسقط الحجر).

هذا فرع زوال الحجر بزوال الدين من غير توقف على حكم الحاكم، ووجه القوة: أن صحة البيع موجبة لسقوط الدين، فيسقط الحجر، كذا علل المصنف.

وفيه نظر، فإن ذلك مسلم، ولا يلزم من كونه كذلك صحة البيع، لأنها

. . . .

فرع زوال الدين، والدين لايزول إلّا إذا صحّ البيع، فتكون صحة البيع موقوفة على زوال الدين المقتضي لزوال الحجر، وزوال الدين موقوف على صحة البيع، وذلك دور.

وإمكان اقتران صحة البيع وارتفاع الحجر لايقتضي الصحة، لوجوب تقدّم الشرط، فان رفع الحجر شرط لصحة البيع.

ويمكن أن يقال: صحة البيع موقوفة على رضى الغريم به، وشراؤه من المفلس يستلزم رضاه، لوجوب حمل الشراء على المعتبر شرعاً، وهذا إذا اتحد الغريم، أو كان المشترى الجميع، ويحتمل العدم، لامكان غريم آخر.

وجوابه: أن صحة التصرف غير موقوفة على إذن غريم غير ظاهر وقت التصرف، فعلى هذا لو ظهر غريم أخذ من المشتري حصة يقتضيها الحساب، ويحتمل بطلان البيع في مقدار تلك الحصة.

هذا إن لم نقل بالنقض، ولو قلنا به أمكن الحكم ببطلان البيع من رأس، لأن الدين لايجوز جعله حينئذ ثمناً، إذ لايستحقّ استيفاؤه والحالة هذه، فلا يجوز أن يقابل به مال.

واعلم: أنه لو كان شراء الغريم بغير الدين، فعلى ما سبق اختياره من صحة بيع الأجنبي، يجب الحكم بالصحة في الجميع وإن ظهر غريم.

إذا تقرر هذا، فما قوّاه المصنف لايخلو من نظر، إذ لو ظهر غريم والحالة هذه، لتطرق احتمال بطلان البيع في مقدار الحصة وإن أذن الحاكم، لتبين عدم صحة مقابلتها بمال.

واعلم: أن عبارة الشارح هنا مختلّة، فانه قال: سقوط الدين معلول صحة البيع، وهو مشروط بصحة البيع فيدور[1]، وهذا مختل، لأن كونه معلولاً لصحة البيع هو عبارة عن كونه مشروطاً به، وهذا لايقتضي الدور.

---

(١) ايضاح الفوائد ٢: ٧١.

والمجني عليه أولى بعبده من الغريم، فإن طلب فكه فللغريم منعه.

ولو تلف من المال المودع قبل القسمة فهو من مال المفلس، سواء كان التالف الثمن أو العين.

المطلب الرابع: في الاختصاص:

من وجد من الغرماء عين ماله كان أحق بها من غيره وإن لم يكن سواها،

قوله: (والمجني عليه أولى بعبده من الغريم، فان طلب فكّه فللغريم منعه).

إنما كان المجني عليه أولى من الغريم، لأن حقّه متعلق بعين الجاني ولايستحق سواه، فلذلك كان للغريم منعه لو طلب فكّه.

واعلم: أن في إضافة العبد إلى ضمير المجني عليه توسّعاً، بسبب علاقة جنايته عليه، فان الاضافة يكفي فيها أدنى ملابسة.

قوله: (ولوتلف من المال المودع قبل القسمة فهو من مال المفلس، سواء كان التالف الثمن أو العين).

أما إذا كان التالف العين فظاهر، إذ هو مال المفلس تلف في يد أمينه المنصوب عنه شرعاً، وأما إذا كان التالف الثمن، فلأنه قد دخل في ملكه بالبيع عنه، ولم يملك الغرماء، لأنهم إنما يملكون بالدفع إليهم بعد القسمة، وقد تلف في يد أمينه، لكن لابدّ من التقييد بكون التلف بغير تفريط.

قوله: (ومن وجد من الغرماء عين ماله كان أحق بها من غيره وإن لم يكن سواها).

مستند ذلك النص والاجماع، ولافرق بين أن يكون للمفلس مال سوى العين أم لا، تمسكا بعموم النص[1].

---

(١) التهذيب ٦: ١٩٣ حديث ٤٢٠، الاستبصار ٣: ٨ حديث ١٩.

وله الضرب بالدين، والخيار على الفور على اشكال، سواء كان هناك وفاء أو لا.

قوله: (وله الضرب بالدين).

أي: مع كونه أحق بعينه ـ على معنى أنه لا حقّ لأحد معه فيها ـ له أيضاً أن يتركها مع الغرماء بالثمن الذي هو الدين.

قوله: (والخيار على الفور على إشكال).

هذه جملة معترضة، ومنشأ الاشكال: من أن الأصل في البيع اللزوم، ولظاهر قوله تعالى: (أوفوا بالعقود)[1] فيقتصر في الخروج عن مقتضى الأصل، وظاهر الآية على ما به يندفع الضرورة.

ومن دلالة النص على ثبوت الخيار، فيكون مخرجاً لهذا الفرد من الآية، فلا دليل على عوده إليها، وأصل اللزوم معارض بأصل بقاء الخيار واستصحابه.

ويمكن ترجيح الفورية، بأنها الأشهر في كلام الأصحاب[2]، وفيها جمع بين الحقين، فالقول بالفورية قريب.

قوله: (سواء كان هناك وفاء أو لا).

هذا تعميم بعد التعميم الحاصل بقوله: (وإن لم يكن سواها) لكنه على الشقّ المحذوف، أي: هو أحق إن كان سواها وإن لم يكن، وعلى تقدير أن يكون سواها فهو أحق، سواء كان هناك وفاء لباقي الديون أو لا، وقال الشيخ في المبسوط: إنه ليس له الرجوع، إلّا إذا كان هناك وفاء لباقي الديون[3]، بخلاف مالو مات المفلس، فان صاحب العين إنما يختص بها إذا كان في التركة وفاء لباقي الديون، على ما ذكره في التذكرة[4].

---

(١) المائدة: ١.

(٢) منهم: الشيخ في المبسوط ٢: ٢٥٠، والعلامة في التذكرة ٢: ٦٠.

(٣) المبسوط ٢: ٢٥٠.

(٤) التذكره ٢: ٦٠.

ويفتقر الرجوع إلى أركان ثلاثة: العوض، والمعوض، والمعاوضة. أما العوض فهو الثمن وشرطه أمران:

الأول: تعذر الاستيفاء بالافلاس، فلو وفى المال به فلا رجوع، ولا يسقط الرجوع بدفع الغرماء للمنة، وتجويز ظهور غريم.

فإن قيل: كيف يتصور أن يكون في التركة وفاء لباقي الديون مع الحجر؟

قلنا: يمكن تجدد مال آخر للمفلس بارث أو اكتساب ونحوهما، أو بارتفاع قيمة أمواله أو نمائها، أو كون الديون إنما تزيد على أمواله مع ضميمة الدين المتعلق بمتاع واجده، فاذا أخرج الدين من بين ديونه والمتاع من بين أمواله، صارت وافية بالديون.

فإن قيل: مع الوفاء بجميع الدين لنماء ونحوه المانع زائل.

قلنا: ثبت الخيار بأول الحجر، والأصل بقاؤه.

واعلم: أن الجملة المتضمنة لكون الخيار على الفور، معترضة بين هذا التعميم، وما قبل الجملة، إذ هو متعلق به من حيث أنه من جلة أحكامه، ولا قبح فيه من حيث أنه جار على القواعد[١].

قوله: (وشرطه أمران: تعذر الاستيفاء بالافلاس، فلو وفى المال به فلا رجوع).

لعدم تعذر الاستيفاء حينئذ.

قوله: (ولا يسقط الرجوع بدفع الغرماء، للمنة، وتجويز ظهور غريم).

لا فرق في ذلك بين أن يكون دفع الغرماء لدين صاحب العين من مالهم أو من مال المفلس، سواء دفعوا إلى المفلس ليوفي عن نفسه صاحب العين، أو دفعوا

---

(١) في «م» وردت العبارة من قوله: (واعلم أنّ الجملة...) قبل قوله: (فإن قيل...) وما أثبتناه من «ق» وهو الأنسب.

ولو امتنع المشتري الموسر من الدفع فلا رجوع، ويستوفيه القاضي.

إلى صاحب العين، وسواء كان في العين ما يقتضي رغبتهم في دفع القيمة،أو لا، لأن الخيار قد ثبت بالنص، فلا يسقط بما ذكر.

وتعليل المصنف بالأمرين -أعني: المنّة، وتجويز ظهور غريم آخر- لا يأتي على جميع الصور، فان تجويز ظهور غريم آخر إنما يمنع لو دفعوا من مال المفلس، أو من أموالهم إلى المفلس هبة.

ولو دفعوا إليه هبة وشرطوا عليه إيفاء صاحب العين، فعلى ما قلناه من جواز الشراء بشرط الاعتاق وتعيّنه، لا اعتراض للغريم الظاهر.

وأما المنة، فانما تكون إذا قدموه بالدين، أو دفعوا اليه من أموالهم حيث لا يكون في العين زيادة تقتضي الرغبة في بذل العوض، فيكون مقتضى التعليلين المذكورين وجوب القبول مع انتفائهما.

وقد صرح في التذكرة: بأنه إذا كان في السلعة زيادة لغلاء السعر، أو كثرة الراغبين إليها بحيث يرجى صعود سعرها، يجب على صاحبها أخذ دينه الذي بذله الغرماء[1]، وقد عرفت ضعف ذلك، فان العدول عن ظاهر النص بمثل هذه الأوهام لا يجوز.

قوله: (ولو امتنع المشتري الموسر من الدفع، فلا رجوع، ويستوفيه القاضي).

على الأصح، خلافاً للشيخ[2] منّا والشافعي[3]، فان الأصل في البيع اللزوم، فلا يعدل عنه إلّا بنص، ولأن إقباض البائع قبل قبض المشتري الثمن يقتضي الرضى بذمته، فلا يبقى له فسخ، بل يرفع أمره إلى الحاكم ليجبره على الوفاء، أو يسلم عنه من ماله، وهذا في غير خيار التأخير حيث لم يقبض واحد

---

(١) التذكرة ٢: ٦٠.

(٢) المبسوط ٢: ١٤٨.

(٣) فتح العزيز مع المجموع ١٠: ٢٣٦.

الثاني: الحلول، فلا رجوع لو كان مؤجلاً، ولو حل الأجل قبل فك حجره ففي الرجوع اشكال.

وأما المعاوضة فلها شرطان:

كونها معاوضة محضة، فلا يثبت الفسخ في النكاح، والخلع، والعفو عن القصاص على مال: وليس للزوجة فسخ النكاح، ولا للزوج فسخ الخلع،

منها، وقد سبق في البيع.

واعلم: أن هذا في جملة المتحرز عنه بقوله: (تعذر الاستيفاء بالافلاس) فان التعذر هنا ليس من جهة الافلاس.

قوله: (فلا رجوع لو كان مؤجلاً).

لعدم الاستحقاق حال الحجر، فيتعلق بالعين حق باقي الغرماء، ولا دليل على سقوطه.

قوله: (ولو حلّ الأجل قبل فكّ الحجر، ففي الرجوع إشكال).

ينشأ: من أن ظاهر الخبر يشمله بعمومه ـ فانه غريم وجد عين ماله ـ ومن سبق تعلق الغرماء بها، فلا دليل على الابطال.

وأيضاً فان عموم النصوص[1] دالّ على تعلّق حقوق الغرماء بأعيان أمواله، وهو يقتضي عدم اختصاص البائع بعد الحلول، لامتناع الاختصاص مع تعلق حقوق الغرماء، وهو الأصح.

قوله: (كونها معاوضة محضة).

هذا الشرط إجماعي، ويؤيده أنّ مالم يكن معاوضة محضة كالنكاح مثلاً ليس المال مقصوداً فيه، ولهذا يجوز إخلاء العقد عنه، فلا يتسلّط على الفسخ بتعذر الوصول إلى المال.

---

(١) التهذيب ٦: ١٩٣-١٩٩ حديث ٤٢١-٤٤٣، الاستبصار ٣: ٨-١١ حديث ٢٠-٣٠.

ولا للعافي فسخ العفو بتعذر الأعواض.

ويثبت في الاجارة والسلم، فيرجع الى رأس المال مع بقائه، أو يضرب بقيمة المسلّم فيه مع تلفه، أو برأس المال على اشكال؛ لتعذر الوصول الى حقه فيتمكن من فسخ السلم.

قوله: (بتعذر الأعواض).

أي: بتعذرها في كلّ من هذه المذكورات.

قوله: (ويثبت في الاجارة والسلم).

لأن كلاً منهما معاوضة محضة.

قوله: (فيرجع إلى رأس المال مع بقائه، أو يضرب بقيمة المسلم فيه مع تلفه، أو برأس المال على إشكال، لتعذر الوصول إلى حقه، فيتمكن من فسخ السلم).

بعد أن ذكر ثبوت الاختصاص في الاجارة والسلم، اقتصر على بيان حكم السلم، لأن حكم الاجارة سيجيء بيانه.

فاذا كان رأس مال السلم باقياً فسخ ورجع إليه، وإن تلف فهو مخير بين أمرين: الضرب بقيمة المسلم فيه، والضرب برأس ماله بأن يفسخ عقد السلم، لكن على إشكال في الثاني، ينشأ: من تعذر الوصول إلى حقه، فيمكن من فسخ السلم، كذا ذكره المصنف.

وفيه نظر، لأن ما ذكره صغرى قياس حذفت كبراه، وتقديرها: وكلّ من تعذر وصوله إلى حقّه فسخ المعاوضة المتضمنة له، ومعلوم عدم صحتها كلية.

ومن أنه عقد لازم، والمسلم فيه موجود، وإنما تعذّر لإعسار المسلم إليه.

اذا عرفت هذا، فاعلم أن في عبارة المصنف شيئين:

أحدهما: أنه لم يقيد التلف بكونه قبل الحجر أو بعده، ويجب التفريق بينهما، فانه إذا تلف الثمن قبل الحجر لم يبق للمسلم إلا المسلم فيه، فبعد الحجر يستحق الضرب ليس إلّا.

ولو افلس مستأجر الدابة، أو الأرض قبل المدة فللمؤجر فسخ الاجارة تنزيلاً للمنافع منزلة الأعيان،

وأما إذا كان التلف بعد الحجر، فان الفسخ قد ثبت حال الحجر بوجدان عين ماله، فلا يسقط بتلفها استصحاباً لما كان، وهذا هو الأصح الذي لامعارض له، والاحتجاج بكون عقد السلم في هذه الصورة لازماً مصادرة، لأن ذلك هو المتنازع.

الثاني: إن قوله: (او يضرب بقيمة المسلم فيه مع تلفه) فيه شيء، لأن الذي يستحق الضرب به هو جنس الحق، حتى أن أموال المفلس وأثمانها إذا لم تكن من جنس الحق صرفت إليه، إلّا مع رضى الغرماء بالاعتياض عن الحق.

ولعله أراد بالضرب بالقيمة هنا: الضرب باعتبارها، لأنه إنما يعلم مقدار المستحق للمسلم من مال المفلس، باعتبار قيمة المسلم فيه، فكأنه قد ضرب بها، فتجوز في العبارة.

والعجب أن الشارح[1] تخيّل أن الاشكال في ضربه بالقيمة مع التلف، نظراً إلى أن بعض الفقهاء يمنع من المعاوضة على مال السلم قبل قبضه، فان كلام المصنف لايستقيم إلا بتأويل، إما التجوز، أو الحمل على رضى المسلم بأخذ القيمة، ومع ذلك فهو لايرى المنع من هذه المعاوضة، فكيف يستشكل صحتها؟ فما ذكره غيرمستقيم.

قوله: (ولو أفلس مستأجر الدابة أو الأرض قبل المدة، فللمؤجر فسخ الاجارة، تنزيلاً للمنافع منزلة الأعيان).

الافلاس الطارئ على الاجارة، إما أن يكون على المؤجر، أو على المستأجر، وعلى التقديرين، إما أن يكون مورد الاجارة الذمة، أو العين، فالصور أربع.

---

(١) ايضاح الفوائد ٢: ٧٢.

وله الضرب، فيؤجر الحاكم الدابة أو الأرض ويدفع الى الغرماء، ولوبذلوا له الاجرة لم يجب عليه الامضاء.

فاذا أفلس المستأجر والحال أنه لم يسلم عوض الاجارة، ولامضى شيء من المدة المضروبة، فلا فرق بين أن تكون الاجارة واردة على العين كأرض ودابة معينتين، فللمؤجر في الحالين فسخ الاجارة، تنزيلاً للمنافع منزلة الأعيان.

فكما ثبت الفسخ في الأعيان المتعاوض عليها، يجب أن يثبت في المنافع، لأنها أموال، وللاشتراك في الضرر في كل من الموضعين، مع أن الاجارة معاوضة محضة لا يقصد بها إلا العوضين، وذكرهما ركن في العقد.

قوله: (وله الضرب، فيؤجر الحاكم الدابة أو الأرض، ويدفع إلى الغرماء).

أي: وللمؤجر إبقاء الاجارة، فيضرب بالأُجرة مع الغرماء، فعلى هذا يؤجر الحاكم العين المستأجرة كما يبيع أموال المفلس، ويؤجر أعيان أمواله التي لا يمكن بيعها، وما حصل من الأُجرة فهو بين الغرماء، هذا إذا كانت الاجارة على عين أو في الذمة وحصل التعيين، ولو لم يكن قد عين ولم يفسخ، طالبه الحاكم بالتعيين، ثم يؤجر العين حينئذ.

قوله: (ولو بذل له الأُجرة لم يجب عليه الامضاء).

أي: بعد ثبوت استحقاق الفسخ، لأن الأصل عدم الوجوب، ولا فرق بين كون البذل من مال المفلس أو من الغرماء، ولا بين أن يكون البذل لمصحة الغرماء وغبطتهم أو لمحض مصلحته، لما قلناه.

ويجيء على ما ذكره المصنف في بذل الغرماء الثمن لمصلحتهم من مالهم، وجوب القبول هنا، وهو ضعيف. وهذا كلّه إذا لم يمض من المدة شيء، فلو مضى منها بعض، فكما لو تلف بعض المبيع.

ولو حجر عليه وهو في بادية ففسخ المؤجر نقلت العين الى مأمن بأُجرة المثل مقدمة على حق الغرماء.

ولو كان قد زرع الأرض ترك زرعه بعد الفسخ بأُجرة مقدمة على الغرماء، إذ فيه مصلحة الزرع الذي هو حق الغرماء. ولو افلس المؤجر بعد تعيين الدابة فلا فسخ، بل يقدّم المستأجر بالمنفعة كما يقدّم المرتهن.

قوله: (ولو حجر عليه وهو في بادية، ففسخ المؤجر، نقلت العين إلى مأمن بأُجرة المثل، مقدمة على حق الغرماء).

أي: لو حجر على المستأجر، وهو في مكان مخوف كالبادية، واجتمعت شرائط الفسخ، ففسخ المؤجر، وكانت الاجارة لنقل متاع، لم يكن للمؤجر طرح المتاع في البادية المهلكة، ولا في موضع غير محترز، بل يجب عليه نقله إلى مأمن بأُجرة المثل لذلك النقل من ذلك المكان.

ويقدم بها على الغرماء، لأنها لصيانة المال وحفظه، ليصل إلى الغرماء، فهو من مصالح الحجر، فاذا نقله سلمه إلى الحاكم مع إمكانه، وإلّا جعله على يدعدل. ولو كانت الاجارة لركوب المفلس وحصل الفسخ، فالأقرب أنه ينقل إلى المأمن بأُجرة مقدمة، دفعاً للضرر عن نفسه، على تقدير حصوله بدون ذلك.

قوله: (ولو كان قد زرع الأرض ترك زرعه بأُجرة مقدمة على الغرماء، إذ فيه مصلحة الزرع الذي هو حق الغرماء).

وكذا كلّما كان من هذا القبيل.

قوله: (ولو أفلس المؤجر بعد تعيين الدابة فلا فسخ، بل يقدم المستأجر بالمنفعة كما يقدم المرتهن).

هذا أحد قسمي ما إذا كان المفلس هو المؤجر، وهو ما إذا كان الافلاس بعد تعيين محلّ الاجارة، سواء كان التعيين في أصل العقد أو بعد وروده على الذمة.

وإنما لم يكن للمستأجر الفسخ هنا، لأنه يتقدم بالمنفعة في هذه الصورة،

ولو كانت الاجارة على الذمة فله الرجوع الى الأُجرة إن كانت باقية، أو الضرب بقيمة المنفعة.

الثاني: سبق المعاوضة على الحجر، فالأقرب عدم تعلقه بعين ماله لو باعها عليه بعد الحجر.

للتصرف اللازم المتقدم على الحجر كالمرتهن، فلا ضرر عليه ولا دين له على المفلس، وتباع العين، وهي كذلك إن حصل راغب، فان لم يحصل أخر بيعها إلى انقضاء الاجارة، وهل يبق الحجر مستمراً إلى انقضائها؟ فيه تردد.

قوله: (ولو كانت الاجارة على الذمة، فله الرجوع إلى الأُجرة إن كانت باقية، أو الضرب بقيمة المنفعة).

أي: لو كانت الاجارة واردة على الذمة، ولما يحصل التعيين، فللمستأجر الرجوع إلى الأُجرة مع بقائها، لأنه غريم ظفر بعين ماله، ولو كانت تالفة ضرب بقيمة المنفعة، وهل له الفسخ والضرب بالأُجرة؟ فيه الاشكال السابق في السلم.

قوله: (سبق المعاوضة على الحجر، فالأقرب عدم تعلقه بعين ماله لو باعها عليه بعد الحجر).

قد سبقت هذه المسألة في بحث منع التصرف، وذكر المصنف فيها احتمالات ثلاثة، أحدها ما قربه هنا، فهو رجوع عن التردد إلى الجزم.

ووجه القرب: سبق تعلق حق الغرماء بأعيان أموال المفلس حين الحجر، وانتفاء المقتضي للرجوع بالعين، خصوصاً وقد تعلق بها حق الغرماء.

والخبر لا يتناوله، لأن الحديث الوارد عن أبي الحسن عليه السلام، عن رجل يركبه الدين، فيوجد متاع رجل عنده بعينه، قال: «لا يحاصه الغرماء»[1] يقتضي وجدان متاع الرجل عقيب ركوب الدين بلا فصل، عملاً بدلالة الفاء، والتردد إنما يجيء في الجاهل بحال المفلس، أما العالم فلا شيء له جزماً، وعبارة المصنف هنا مطلقة، وكأنه اكتفى بما سبق.

---

(١) التهذيب ٦: ١٩٣ حديث ٤٢٠، الاستبصار ٣: ٨ حديث ١٩.

ولو فسخ المستأجر بالانهدام بعد القسمة احتمل مزاحمة الغرماء بالباقي؛ لاستناده الى عقد سابق على الحجر، والمنع، لأنه دين حدث بعد القسمة.

ولو باع عيناً بأُخرى وتقابضا، ثم أفلس المشتري وتلف العين في يده، ثم وجد البائع بعينه عيباً فرده فله قيمة ما باعه، ويضرب مع الغرماء.

ويحتمل التقديم؛ لأنه أدخل في مقابلتها عيناً في مال المفلس.

قوله: (ولو فسخ المستأجر بالانهدام بعد القسمة، احتمل مزاحمة الغرماء بالباقي لاستناده إلى عقد سابق على الحجر، والمنع لأنه دين حدث بعد القسمة).

بنى المصنف في التذكرة الوجهين في هذه المسألة على أن وجود السبب كوجود المسبب أو لا، قال: فان قلنا بالأول رجع عليهم بما يخصه، لوجود سبب الوجوب قبل الحجر، وإن قلنا بالثاني لم يرجع، لأن دينه تجدد بعد الحجر[1].

ولقائل أن يقول: وجود السبب وإن كان كوجود المسبب لايستلزم ماذكره، لأنه لايجري مجراه من جميع الوجوه قطعاً، ومن بعضها لايفيد، وخصوص هذا الوجه لادليل عليه، والمنع قريب.

قوله: (ولو باع عيناً بأُخرى وتقابضا، ثم أفلس المشتري وتلفت العين في يده، ثم وجد البائع بعينه عيباً فرد، فله قيمة ما باعه ويضرب مع الغرماء، ويحتمل التقديم لأنه أدخل في مقابلتها عيناً في مال المفلس).

أي: يحتمل التقديم بقيمة عينه كملا.

يرد على الثاني إشكال، فان إدخال عين مال المفلس في مقابلة شيء لايقتضي التقدم بذلك الشيء، بل ولا الضرب به، كما سبق فيمن باع المفلس

---

(١) التذكرة ٢: ٦٢.

وأما المعوض فله شرطان:

بقاؤه في ملكه فلو تلف، أو باعه، أو رهنه، أو أعتقه، أو كاتبه ضارب بالثمن، سواء زادت القيمة على الثمن أولا.

ولو عاد الى ملكه بلا عوض كالهبة والوصية احتمل الرجوع لأنه وجد متاعه، وعدمه لتلقي الملك من غيره،

بعد الحجر جاهلاً، ولا ريب أن كليتها ممنوعة، بل هذا الاحتمال ساقط.

وينبغي بناء هذه المسألة أيضاً على ما بنيت عليه الأولى، من أن وجود السبب كوجود المسبب، أولا، فيجيء احتمال عدم مزاحمة الغرماء على الثاني، لأنه دين حدث بعد الحجر، وبالجملة فالمسألة موضع توقف، وإن كان الثاني لا يخلو من قرب.

قوله: (بقاؤه في ملكه).

هذا يدل على أن ما ذكره سابقاً ـ في السلم من الضرب بالثمن بعد الفسخ على إشكال ـ إنما هو إذا كان تلف العين بعد الحجر لا قبله.

قوله: (ولو عاد إلى ملكه بلاعوض كالهبة والوصية، احتمل الرجوع لأنه وجد متاعه، وعدمه لتلقي الملك من غيره).

أي: وكل من وجد متاعه فهو أحق به في الوجه الأول، ووجود حديث يدلّ على أن كل من وجد متاعه فهو أحق[1] به عزيز، وحديث فيوجد متاع رجل عنده[2] يقتضي وجدانه عقيب الحجر بلافصل.

أما ما علل به الوجه الثاني من تلقي الملك من غيره فلا أثر له بخصوصه، فانه لم تثبت ما نعيته، والتوقف في هذه المسألة إلى أن ينقطع الطمع في وجدان حديث أو دليل يدل على الثبوت.

---

(١) سنن الدارقطني ٣: ٢٨ حديث ١٠٣.

(٢) التهذيب ٦: ١٩٣ حديث ٤٢٠، الاستبصار ٣: ٨ حديث ١٩.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

ومعه، فإن عاد بعوض كالشراء فإن وفى البائع الثاني الثمن فكالأول، وإلّا احتمل عوده الى الأول لسبق حقه، والى الثاني لقرب حقه وتساويهما، فنضرب كل بنصف الثمن.

قوله: (ومعه فان عاد بعوض كالشراء، فان وفى البائع الثاني الثمن فكالاول).

أي: ومع الرجوع، أي: مع القول بالرجوع في مسألة العود بغير عوض لوعاد بعوض كالشراء، فاما أن يكون قد وفى المشتري البائع الثمن ثم أفلس أو لا.

فإن كان قد وفّاه، فالحكم فيه كالحكم في الأول، يعني العود بغير عوض، فيجيء فيه على تقدير ثبوت الرجوع في العود وجهان: الرجوع وعدمه، مثل الوجهين السابقين.

وجه عدم الرجوع: أن العود لما كان بمعاوضة توجب سلطنة البائع الثاني، -إذ المعاوضة مناط الرجوع له- فلا يبقى للأول رجوع، لامتناع ثبوت حقّ الثاني مع بقاء حق الأول.

ووجه الرجوع: أن استحقاق البائع الثاني الرجوع، إنما هو مع عدم توفيه الثمن، فاذا وفّاه الثمن لم يبق له ما يقتضي استحقاق الرجوع، فيزول المانع من حق الأول.

وإنما يفرع هذان الاحتمالان على تقدير ثبوت الرجوع في المسألة الأولى لا مطلقاً، لأنه على تقدير عدم الرجوع ثمة فعدمه هنا بطريق أولى، وعلى تقدير ثبوته ثمة لا يلزم ثبوته هنا كما بيناه، والفتوى في هذه كالتي قبلها.

قوله: (وإلا احتمل عوده إلى الأول لسبق حقه، وإلى الثاني لقرب حقه وتساويهما، فيضرب كل بنصف الثمن).

أي: وإن لم يوف البائع الثمن فيما إذا عاد بمعاوضة، ففيه احتمالات ثلاثة:

أحدها: استحقاق الأول الرجوع، لأن حقه سابق، وفيه نظر، فان

الثاني: عدم التغير، فإن طرأ عيب بفعله، أو من قبله تعالى فليس له إلّا الرضى به، أو يضارب بالثمن إن كان العيب لا يفرد بالعقد.

السابق معاوضة لا أحقية الرجوع، فانه حين صدور المعاملة الثانية لم يكن للأول حق الرجوع، فكيف يكون حقه أسبق؟

نعم يجيء ذلك على القول بأن وجود السبب كوجود المسبب، وفيه ما عرفت.

الثاني: كون حق الرجوع للثاني لقرب حقه، لأن المقتضي لاستحقاق الرجوع إنما هو في طرفه، كما بيناه.

الثالث: تساويهما في الرجوع، فيكون لكل واحد منهما الرجوع بنصف العين ويضرب بنصف الثمن، لتكافؤ السببين.

مركز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

وفيه نظر، لما بيناه من أن الأول لا أحقية له حال المعاوضة الثانية، وبعد الفلس يمتنع ثبوتها، لأن حق الثاني الناشئ عن المعاوضة الثانية مانع، وذلك لأن ثبوتها يستلزم ثبوت لوازمها، وإلّا لم تكن صحيحة، إذ لا نعني بغير الصحيح إلّا ما لم يترتب أثره عليه، وهذا من جملتها، وحينئذ فيجب ارتفاع لوازم الأُولى، لأن السبب الطارئ مزيل للوازم السبب السابق، وإلا لم يكن صحيحاً.

ولهذا لو انتقلت العين قبل الافلاس ثم لم يعد، لم يكن للأول الرجوع قولاً واحداً، عملاً بمقتضى السبب الطارئ، ولو اعتبرنا السبق الذي ذكره لوجب اعتباره هنا.

ومما قررناه يظهر أن الاحتمال الثاني أقوى، وهذا كله متفرع على القول بثبوت الرجوع في المسألة الأُولى، فلو منعناه ثم امتنع هنا بالنسبة إلى الأول وجهاً واحداً بطريق أولى.

قوله: (الثاني: عدم التغير، فلو طرأ عيب بفعله أو من قبله تعالى، فليس له إلّا الرضى به، أو يضارب بالثمن إن كان العيب لا يفرد بالعقد،

ولا يتقسط عليـه الثمن، وهـو نقصان الصفة،

ولايتقسط عليه الثمن وهو نقصان الصفة).

من شرطي المعوض ـ من جملة شروط الرجوع ـ عدم تغير العين، فلو تغيرت، فإما بالنقصان، أو بالزيادة، فإن كان بالنقصان بطروء عيب، فاما من قبل المشتري، أو من قبل البائع، أو من قبل أجنبي، أو من قبله تعالى وتقدس بآفة سماوية.

فإن كان بآفة سماوية فلا يخلو، إما أن يكون العيب ـ أعني: التالف منه، فكأنه إسم للمصدر أو استعمال مجازي ـ بحيث يمكن إفراده بالعقد ـ أي: بحيث يباع مستقلاً ويتقسط عليه الثمن ـ أو لا.

فالأول مثل عبد من عبدين، والثاني مثل يد العبد وحرفته، فان اليد لاتفرد بالعقد ولايتقسط عليها الثمن، فان الثمن في مقابل العبد مثلاً، وبفوات يده لا يخرج عن كونه العبد المخصوص، وفيه مافيه.

فإن كان الثاني لم يكن للبائع إلّا الرضى به على تلك الحال، أو الضرب بالثمن مع الغرماء عند المصنف والشيخ[١] وأكثر الاصحاب[٢]، لأن البائع لاحقّ له في العين إلّا بالفسخ المتجدد بعد العيب، وإنما حقه قبل الفسخ في الثمن، فلم تكن العين مضمونة، فلم يكن له الرجوع بأرش.

وأطلق ابن الجنيد[٣] القول باستحقاق أرش النقصان، وقوّاه المصنف في المختلف[٤]، وهو قوي متين، لأنه لمّا فسخ المعاوضة وجب أن يرد إلى كل واحد منها ماله، فان كان باقياً رجع به، وإن كان تالفاً رجع ببدله كائناً ما كان، والفرق بين الكل والأبعاض ضعيف.

---

(١) المبسوط ٢: ٢٥٢.

(٢) منهم: المحقق في الشرائع ٢: ٩١، والشهيد في اللمعة: ١٣٥.

(٣) المختلف: ٤٢٧.

(٤) المختلف: ٤٢٧.

. . . .

وقولهم: إن البائع لم يكن له حق في العين إلا بعد الفسخ مسلّم، لكن إذا فسخ وجب أن يعود إليه جميع ما جرى عليه العقد، عملاً بمقتضى إبطال المعاوضة.

وقولهم: إن العين في يد المشتري لم تكن مضمونة للبائع مسلّم، لكنها مضمونة عليه في الجملة، على معنى أنها لو تلفت أو شيء منها كان التلف من ماله، لأن المقبوض بعقود المعاوضة كلّه مضمون بهذا المعنى، فاذا ارتفع عقد المعاوضة وجب أن يرجع كل من العوضين إلى مالكه.

على أن هذا الدليل منقوض بالبعض الذي له قسط من الثمن، وبجناية الأجنبي، فان مقتضى الدليل عدم ضمانه، وهم لايقولون به، على أن القول بأن يد العبد مثلاً لاقسط لها من الثمن من الأمور المستهجنة.

فان من المعلوم البديهي أنه لولا وجود اليد، لم يبذل المشتري جميع الثمن المخصوص في مقابلة العبد.

وإن كان التعيب بفعل المشتري ـ وهو المتبادر من العبارة إرادته، إذ السابق إلى الفهم أن الضمير في قوله: (بفعله) يعود الى المشتري ـ فأصح الوجهين عندهم أنه كالآفة السماوية، لما سبق من التعليل، ويحتمل كونه كجناية الأجنبي، لأن إتلاف المشتري نقص واستيفاء، فكأنه صرف جزأ من المبيع إلى غرضه، كذا ذكر في التذكرة[1]، وابن الجنيد[2] على أصله من ثبوت الضمان هنا أيضا، بل يكون بطريق أولى.

وإن كان التعيب بفعل البائع فهو كالأجنبي لامحالة، لأنه جنى على ما ليس بمملوك له ولا في ضمانه، وهذا لم يذكره المصنف، ويمكن ادعاء اندراجه في قوله: (وإن كان بجناية أجنبي...).

---

(١) التذكرة ٢: ٦٤.

(٢) المختلف: ٤٢٧.

وإن كان بجناية أجنبي أخذه البائع وضرب بجزء من الثمن على نسبة نقصان القيمة، لا بأرش الجناية، إذ قد يكون كل الثمن، كما لو اشترى عبداً بمائة يساوي مائتين فقطعت يده فيأخذ العبد والثمن، وهو باطل.

قوله: (وإن كان بجناية أجنبي أخذه البائع، وضرب بجزء من الثمن على نسبة نقصان القيمة، لا بأرش الجناية، إذ قد يكون كل الثمن، كما لو اشترى عبداً بمائة يساوي مائتين، فقطعت يده، فيأخذ العبد والثمن، وهو باطل).

هذا هو القسم الأخير وهو الرابع، وهو ثالث ما ذكره في العبارة، وهو أن يكون التعيب بجناية أجنبي، فان الأجنبي يثبت عليه الأرش للمفلس، وهو ظاهر، فيثبت للبائع بعد الفسخ عوض الجناية على المفلس، فيضارب الغرماء به، لأن المشتري أخذ بدلاً للنقصان وكان مستحقاً للبائع، فلا يجوز تضييعه عليه.

بخلاف التعيّب بالآفة السماوية، حيث لم يكن لها عوض، كذا علل في التذكرة[1]، وفيه نظر، فان المشتري استحق أخذ بدل النقصان في وقت لم تكن العين مضمونة عليه، ولم يستحقها البائع إلّا بعد الفسخ، ولم تكن حينئذ إلّا معيبة، فلم يكن له إلّا الرضى بها إلزاماً لهم بما ذكروه من التعليل سابقاً.

والتعليل الصحيح: أن الفسخ للمعاوضة يوجب رجوع كلّ من المتعاوضين إلى ماله، فيجب ردّه عليه كملاً، لأنه إنما قبضه في مقابلة العوض الآخر، وقد فات بالفسخ، فان فسخ المعاوضة يقتضي الفسخ في المجموع، لا في بعض دون بعض.

إذا عرفت ذلك، فبناء على قولهم: يرجع البائع على المفلس في الصورة المذكورة بجزء من الثمن، نسبته إليه كنسبة نقصان القيمة إليها، ولا يرجع بأرش الجناية كائناً ما كان، لإمكان كونه بقدر الثمن فيما لو كان العبد يساوي مائتين،

---

(١) التذكرة ٢: ٦٤.

. . . .

وقد اشتراه بمائة وجنى عليه بقطع يده، فان أرشها نصف القيمة وهو مائة.

وربما كان نقصان القيمة السوقية كذلك، فلو استحق البائع الرجوع بالأرش لرجع بالعبد وبمائة، فيجتمع له الثمن والمثمن، وهو معلوم البطلان.

وحكى المصنف في المختلف عن ابن الجنيد: أخذ العبد المعيب بقيمته ورجوعه بقسط التالف من القيمة، وقواه[١]، وهو الموافق للأصول، فان الفسخ يوجب العود إلى عين المال، فما فات منها يجب الرجوع إلى قيمته في القيميّ.

وما ذكروه من لزوم الجمع بين الثمن والمثمن ممنوع، لأنه بعد الفسخ يأخذ بدل الجزء الفائت من العين، لا على أنه ثمن وإن كان بقدر الثمن، والممتنع إنما هو أخذ واحد العين كلّها، وعوضها الذي هو محسوب ثمناً لها، وهذا هو المختار.

إذا ثبت هذا، فهل الرجوع بنقص القيمة السوقية، باعتبار العيب، المخصوص، أو بأرش الجناية المقدر شرعاً من القيمة، حيث يكون لها مقدر؟ ظاهر عبارته في قوله: (والا فبنقصان القيمة) الأول، وهو صريح كلامه في التذكرة[٢]، لأن التقدير إنما هو في الجنايات، وأما الأعواض فيتقسط بعضها على بعض باعتبار القيمة، ولهذا لايستحق المشتري على البائع في أرش العبد المبيع، إلّا نقصان القيمة السوقية فقط، وهو متجه بيّن.

واعلم: أن قول المصنف: (لا بأرش الجناية...) فيه قصور عن بيان مدّعاه، لأن المدّعى رجوعه بنسبة النقصان من الثمن، لا بنفس نقصان القيمة السوقية، ولا بأرش الجناية، فكان عليه أن يقول: رجع بنسبة نقصان القيمة من الثمن، لابنفس النقصان، ولا بمقدر الجناية، للزوم المحذور إلى آخره. فان المحذور لازم على التقديرين، فانه ربما كان نقصان القيمة السوقية أيضاً مستوعباً للثمن، كمقدر الجناية، فيجيء المحذور عنده.

---

(١) المختلف: ٤٢٧.

(٢) التذكرة ٢: ٦٤.

هذا إن نقص الثمن عن القيمة، وإلّا فبنقصان القيمة.

ولو كان للتالف قسط من الثمن، كعبد من عبدين، فللبائع أخذ الباقي بحصته من الثمن، والضرب بثمن التالف.

قوله: (هذا إن نقص الثمن عن القيمة، وإلّا فبنقصان القيمة).

أي: هذا الحكم الذي ذكرناه ـ وهو: الرجوع بجزء من الثمن، نسبته إليه كنسبة نقصان القيمة إليها ـ إنما هو حيث يكون الثمن ناقصاً عن القيمة، حذراً من لزوم ما زعموا أنه لازم وباطل، وإن لم يكن الثمن أنقص من القيمة، سواء كان مساوياً أو أزيد، فالرجوع بنقصان القيمة، إذ هو عوض الفائت من العين، والمحذور المذكور منتف.

ولقائل أن يقول: إن كان الفسخ موجباً لقيمة الفائت من العين وجب اعتبار القيمة مطلقاً، أو لحصة من الثمن وجب أيضاً اعتباره مطلقاً، ولا وجه للمفاوتة بين الأقسام في الحكم أصلاً، والمحذور الذي ذكره ليس بشيء.

قوله: (ولو كان للتالف قسط من الثمن كعبد من عبدين، فللبائع أخذ الباقي بحصته من الثمن، والضرب بثمن التالف).

إذا كان للتالف من المبيع في يد المفلس قسط من الثمن، حيث أنه يمكن إفراده بالبيع، فلا يكون اندراجه في المبيع بطريق التبعية، كما في اليد التي لا تباع إلّا تبعاً للعبد، وليس لها قسط من الثمن على ما ذكروه، وذلك كعبد من عبدين، فان للبائع الفسخ في الباقي، وأخذه بحسب حصته من الثمن ويقسط، ويضرب بحصة التالف من الثمن، هذا كلام المصنف، وفيه نظر من وجوه:

أ: إن اخذ الباقي بحصته من الثمن، إن كان على طريق المعاوضة، توقف على رضى المستحقين وصدور العقد على الوجه المعتبر شرعاً، ولا يقوله أحد، وإن كان على جهة الفسخ، فلا معنى لأخذه بحصته من الثمن، بل يفسخ ويأخذه.

ب: إن الفسخ فيه وحده يقتضي تبعض الصفقة، وذلك غير جائز.

ج: انه أطلق الضرب بحصته من الثمن، وذلك لا يستقيم على أصله، بل

. . . .

يجب أن يقيّده بما إذا كانت القيمة أزيد من الثمن هرباً من المحذور السابق، فان ساوت أو نقصت فيجب عنده الضرب بنقصانها كما سبق.

والذي يقتضيه النظر أنه يفسخ المعاوضة مطلقاً أو يترك مطلقاً، حذراً من لزوم تبعيض الصفقة، أو يقال: ينظر حيث يكون على المفلس ضرر يفسخ في الموجود، فيأخذه وتسقط حصته من الثمن ويبقى البيع في الآخر بحاله، فيضرب بحصته من الثمن، وذلك حيث تكون القيمة أزيد من الثمن.

أما إذا كانت أنقص أو مساوية، فانه يأخذ حصته من القيمة ولايمتنع ذلك، لكون العبدين بمنزلة مبيعين، نظراً إلى أن لكل منهما قسطاً من الثمن، وإن كان في الثاني مناقشة، لأن المنع من تبعيض الصفقة لحق كل منهما.

وإطلاق كلام ابن الجنيد[1] يقتضي الفسخ في الجميع وأخذ الباقي بقيمته ويضرب بقيمة التالف، وقوّاه المصنف في المختلف[2]، وقوته بيّنة.

وعلى كل حال، فقول المصنف: (أخذ الباقي بحصته من الثمن) لايستقيم على ظاهره.

واعلم: أنه لا فرق بين كون التلف والتعيب في هذه الصورة قبل الحجر أو بعده، لأن الفسخ يوجب الرجوع إلى مجموع العين كما قلناه.

نعم قد يقال: ينبغي أن يكون ما ذكره المصنف والجماعة مخصوصاً بما إذا كان التلف قبل الحجر، أما بعده فيجب أن يجعلوه كتلف بعض المبيع في زمان الخيار.

واعلم: أن الاعتبار بالقيمة حيث يعتبر حين التلف، لأنه وقت الانتقال إلى البدل.

(١، ٢) المختلف: ٤٢٧.

ولو قبض نصف الثمن، وتساوى العبدان قيمة، وتلف أحدهما احتمل: جعل المقبوض في مقابلة التالف فيضرب بالباقي أو يأخذ العبد الباقي، وعدم الرجوع أصلاً بل يضرب بالباقي خاصة، لا التقسيط للتضرر بالشركة.

قوله: (ولو قبض نصف الثمن وتساوى العبدان قيمة وتلف أحدهما، احتمل جعل المقبوض في مقابلة التالف، فيضرب بالباقي أو يأخذ العبد الباقي، وعدم الرجوع أصلاً، بل يضرب بالباقي خاصة لا التقسيط، للتضرر بالشركة).

الأقوال ثلاثة:

الأول: جعل المقبوض في مقابلة التالف، ويتخير في الضرب بالباقي مع الغرماء، وفي أخذ العبد الباقي، وهو قول ابن الجنيد[1]، لأن له الرجوع في كل العين مع بقاء الحق كله، فليكن له الرجوع في الباقي منها إذا ساوت ما بقي من الحق، ولأن الباقي يتناوله عموم الخبر، فيثبت الرجوع فيه.

وإنما يتحقق استحقاق الرجوع إذا لم يكن قد قبض من ثمن العين شيئاً، فليجعل المقبوض في مقابل التالف، وكل ذلك ضعيف، لأن فيه مع تبعض الصفقة مقابلة المقبوض بالتالف.

ولا مقتضي له، فان جملة الثمن في مقابل جملة المبيع، ولا أولوية لكون المقبوض في مقابل التالف على كونه في مقابل الباقي، فيتعين التوزيع، وحينئذ فلا يكون الباقي عين مال لم يقبض عوضها.

الثاني: أن يرجع بنصف الموجود ويضرب بربع الثمن مع الغرماء إن شاء، أو يضرب بما بقي من الثمن، وهو قول ابن البراج[2] عملاً بالتقسيط، لأنه باعتباره يكون نصف الباقي عين ماله التي لم يقبض عوضها، فيثبت له الرجوع فيها.

---

(١) نقله عنه العلامة في المختلف: ٤٢٧، وفخر المحققين في ايضاح الفوائد ٢: ٧٥.

(٢) نقله عنه العلامة في المختلف: ٤٢٧.

ولو تغيّر بالزيادة المتصلة كالسمن، والنمو، وتعلم الصنعة فللبائع الرجوع مجاناً. وبالمنفصلة كالولد والثمرة يرجع في الأصل خاصة بجميع الثمن.

ويضعّف بأن فيه مع الفسخ في البعض المقتضي لتبعيض الصفقة لزوم ضرر الشركة، وكلاهما محذور.

الثالث: عدم الرجوع أصلاً، لانتفاء المقتضي، ومنع تناول الخبر لهذا الفرد، ولقول النبي صلى الله عليه وآله: «وإن كان قد قبض من ثمنه شيئاً فهو أسوة الغرماء»[١] والضمير يعود إلى المتاع المبيع، فيقتضي تعلّق الحكم بجميعه، على أنّا قد بيّنا لزوم التقسيط.

واعلم: أن الأصحاب إنما فرضوا تساوي العبدين قيمة، ليكون ما بقي من الثمن منطبقاً على الباقي، وهذا متحقق لو بقي ثلث الثمن، وكان الباقي قيمته ثلث قيمة المجموع، وعلى هذا.

قوله: (ولو تغير بالزيادة المتصلة كالسمن والنمو وتعلم الصنعة، فللبائع الرجوع مجاناً).

أي: يأخذ العين مع الزيادة، ولا يجب عليه لأجلها عوض، وهذا قول الشيخ[٢] وجماعة، لأن هذه الزيادة محض صفة، وليست من فعل المفلس فتعد مالاً له.

وقال ابن الجنيد[٣]، واختاره المصنف في التذكرة[٤] والمختلف[٥]: إن الزيادة للمفلس، لأنها نماء في ملكه، وليس كونها ملكاً له مشروطاً بكونها من

---

(١) سنن ابن ماجة ٢: ٧٩٠ حديث ٢٣٥٩ وفيه: .. فهو أسوة للغرماء.

(٢) قاله في المبسوط ٢: ٢٥٢.

(٣) نقله عنه في المختلف: ٤٢٧.

(٤) التذكرة ٢: ٦٥.

(٥) المختلف: ٤٢٧.

ولو صار الحب زرعاً، والبيضة فرخاً لم يرجع في العين.

ولو حبلت بعد البيع، أو حملت النخلة بعده لم يكن له الرجوع في الثمرة وإن لم تؤبر، ولا في الولد وإن كان جنيناً،

فعله، ولأن الرجوع في العين على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على ما إذا لم يلزم فوات مال المفلس، وهذا هو الأصح، فيجب إذا رجع في العين أن يكون شريكاً للمفلس بمقدار الزيادة.

فان قيل: ما الفرق بين الزيادة هنا، وبينها في موضع الخيار، إذ يرجع بعد الفسخ في مجموع العين؟

قلنا: استحقاق الرجوع ثابت هناك في كل وقت بأصل العقد، بخلافه هنا، فان الاستحقاق طارئ بالحجر.

قوله: (ولو صار الحب زرعاً والبيضة فرخا لم يرجع في العين).

لأن هذا مال آخر وعين أُخرى حيث صارت الحقيقة غير الحقيقة.

فان قيل: فلم يستحق الرجوع في الغصب؟

قلنا: لأن التغير هناك كان في ملك المغصوب منه، بخلاف ما هنا، لأن التغير في ملك المفلس.

قوله: (ولو حبلت بعد البيع أو حملت النخلة بعده لم يكن له الرجوع في الثمرة وإن لم تؤبر، ولا في الولد وإن كان جنيناً).

أي: لو كان المبيع جارية فحبلت بعد البيع لا قبله، لأن الحمل حينئذ يكون جزءاً من المبيع فيستحق الرجوع به، أو كان نخلة فأثمرت بعده أيضاً لا قبله بمثل ما قلناه، لم يكن للغريم الرجوع في الثمرة وإن لم تؤبر، بخلاف البيع حيث أنها للمشتري إذا لم تكن مؤبرة وقت العقد، لأن ذلك ثبت بالنص على خلاف الأصل فلا يتعدّى.

وهذا هو سر تخصيص الحكم بالنخلة بالذكر، وإلّا فسائر الأشجار المثمرة كذلك، لكن لما لم يكن فيها اختلاف بين البيع وغيره لم يتعرض إليها، فانها متى

وعلى البائع ابقاؤها الى الجداد، وكذا ابقاء زرعه من غير أُجرة لو فسخ بيع الأرض وقد شغلها.

أما لو آجر أرضاً فزرع المستأجر وأفلس ففسخ المؤجر ترك الزرع الى الحصاد بأُجرة المثل؛ لأن مورد المعاوضة هناك الرقبة وقد أخذها، وهنا المنفعة ولم يتمكن من استيفائها.

وجدت الثمرة فهي ملك لمن حدثت في ملكه.

وكذا القول في الولد لا يكون للغريم فيه حق، لمثل ما قلناه، ولا فرق في ذلك بين انفصاله، وكونه جنينا وقت الرجوع، وقول الشيخ في البيع: إن الحمل جزء من الأم[1] ضعيف.

فرع: يجب في الرجوع بالأمة إذا تجدد ولدها مراعاة عدم التفريق بينها وبين الولد، على ما سبق في البيع[2].

قوله: (وعلى البائع إبقاؤها إلى الجداد، وكذا إبقاء زرعه من غير أُجرة لو فسخ بيع الأرض وقد شغلها، أما لو آجر أرضاً فزرع المستأجر وأفلس، ففسخ المؤجر، ترك الزرع إلى الحصاد بأُجرة المثل، لأن مورد المعاوضة هناك الرقبة وقد أخذها، وهنا المنفعة ولم يتمكن من استيفائها).

الجداد بفتح أوله وكسره والمهملتين: الصرام، والمراد ثمرة النخلة، وكذا كل ثمرة يجب إبقاؤها إلى أوان أخذها بغير أُجرة، وإبقاء الحمل إلى أوان الوضع أمر معلوم.

وكذا إبقاء الزرع فيما لو كان المبيع أرضاً وفسخ البائع بعد شغل المفلس إياها بالزرع، فانه في هذه المواضع كلها يجب الابقاء إلى زمان الأخذ عرفاً بغير أُجرة، وذلك لأنه دخل بالبيع على أن المنافع له، فلما زرع كان زرعه لملكه، وقد

---

(١) المبسوط ٢: ١٥٦.

(٢) هذا الفرع ورد في «م» قبل قوله: (ولوصار الحب زرعاً..) وأثبتناه هنا كما في «ق»، وهو الأنسب.

ولو أفلس بعد الغرس أو البناء فليس للبائع الإزالة، ولا مع الأرش على رأي،

استحق زرعه مجاناً واستوفى منفعة الأرض بذلك، فلا أُجرة عليه إلى زمان الأخذ.

بخلاف ما لو أفلس المستأجر للأرض بعد زرعه إياها، فان المؤجر إذا فسخ يجب عليه الابقاء بأُجرة المثل إلى زمان الحصاد.

أما وجوب الابقاء فلأنه زرع محترم، وأما كونه بأُجرة المثل فلأن مورد المعاوضة هناك ـ أي: في مسألة شراء الأرض ـ الرقبة فاذا فسخ البائع اخذ الرقبة، فترتب على الفسخ عود المبيع إلى ملك البائع، ولا يلزم عود المنفعة التي استحقها المفلس بالزرع.

وهنا ـ أي في مسألة إجارة الأرض ـ مورد العقد هو المنفعة، فاذا فسخ المؤجر ووجب عليه الابقاء لم يمكن من استيفائها، فليستحق عوضها، وإلّا لم يكن للفسخ فائدة، ولأن المنفعة بعد العقد لم يستحقها المفلس مجاناً، فكيف يستحقها بعد الفسخ بغير عوض؟ ومما قررناه يظهر دليل وجوب إبقاء الثمرة مجاناً.

قوله: (ولو أفلس بعد الغرس أو البناء، فليس للبائع الازالة ولامع الأرش على رأي).

هذا اختيار المحقق نجم الدين بن سعيد[1]، ووجهه أن هذا من جملة المنافع التي استحقها المشتري، وقد استوفاها بحق، وغرسه وبناؤه صدر بحق، فلا تجوز إزالته بدون الأرش ولامعه.

وقال الشيخ في المبسوط: ان له الازالة مع الأرش[2]، وقد يستدل عليه بظاهر الخبر، فان المتبادر من الرجوع إلى العين واستحقاقها الرجوع إليها بمنافعها، لأن العين التي قد استوفيت منافعها بمنزلة المعدومة.

---

(١) شرائع الاسلام ٢: ٩٢.

(٢) المبسوط ٢: ٢٥٩-٢٦٠.

بل يباعان فللبائع مقابل الأرض.

ولو امتنع بيعت الغروس والأبنية منفردة.

والفرق بين الغرس والبناء وبين الزرع والثمرة، أن لها أمداً قريباً ينتظر، فلا تعد العين معه كالتالفة بخلاف الغرس والبناء، ولما في ذلك من الضرر العظيم، وهو استحقاق منفعة الغير دائماً، ومثله ما لو أجر العين مدة طويلة جداً ثم أفلس، وبالجملة فللتوقف في المسألة مجال.

ولا يخفى أنه ليس للبائع تملكها بالقيمة، وعلى القول بالازالة مع الارش فطريق تقديره، أن يقوم الغرس قائما ومقلوعا، فأرشه هو التفاوت لا قائماً بالأُجرة، لأنها لا تجب.

قوله: (بل يباعان، فللبائع مقابل الأرض).

أي: بناء على القول بعدم استحقاق البائع بعد الفسخ الازالة ولا مع الأرش، الطريق في وصول الحق إلى مستحقه: أن تباع الأرض مع ما فيها من الغرس أو البناء، فللبائع ما يقابل الأرض.

وطريق معرفته: أن تقوم الأرض وما فيها معاً، ثم تقوم الأرض مشغولة بالبناء أو الغرس مع استحقاق الإبقاء مجاناً، وتنسب قيمتها إلى مجموع القيمتين، فما قابلها من الثمن بعد التقسيط هو مقابل الأرض، وما بقي لصاحب البناء أو الغرس.

قوله: (ولو امتنع بيعت الغروس والأبنية منفردة).

أي: لو امتنع البائع من بيع الأرض ـ فانّ بيع ملكه عليه غير لازم ـ بيعت الغروس والأبنية منفردة ـ أي: وحدها ـ بدون الأرض التي عادت إلى البائع بالفسخ، حيث أنها مال المفلس، ولابدّ من بيع أمواله لحقوق الغرماء، وإنما تباع على حالتها التي هي عليها من كونها في أرض الغير مستحقة للابقاء مجاناً، على ما اختاره المصنف.

ولو افلس بثمن الغرس فلصاحبه قلعه مع عدم الزيادة، وعليه تسوية الحفر.

ولو افلس بثمن الغرس وثمن الارض فلكل منهما قلع الغرس اذا لم يزد، لكن لو قلع صاحب الأرض لم يكن عليه أرش؛ لأن صاحب الغرس دفعه مقلوعاً. وإن قلع صاحب الغرس ضمن طم الحفر؛ لأنه لتخليص ماله.

ويشكل على هذا: أنه يلزم[1] من بيع الغروس والأبنية منفردة نقصان في القيمة، ويرده أن استحقاقه إنما هو كذلك فلا يثبت غيره.

قوله: (ولو أفلس بثمن الغرس، فلصاحبه قلعه مع عدم الزيادة وعليه تسوية الحفر).

أي: لو اشترى غرساً وأفلس بثمنه، بأن قصر ماله عن الثمن مع ديون أُخرى أو بدونها وحجر عليه، فلصاحب الغرس الرجوع به وله قلعه، لأن له تخليص ماله من ملك الغير، لكن تجب عليه تسوية الحفر التي احتفرها للقلع، لأن ذلك لمصلحته وتخليص ماله.

ويفهم من قوله: (مع عدم الزيادة) أنه لو زاد لم يكن له القلع، وهو مناف لما سبق في كلامه من كون الزيادة بالنمو للبائع إذا رجع، أما على ما قلناه من أن الزيادة للمفلس، فمعها له الرجوع وليس له القلع، لأنه شريك.

قوله: (ولو أفلس بثمن الغرس وثمن الأرض، فلكل منهما قلع الغرس إذا لم يزد، لكن لو قلع صاحب الأرض لم يكن عليه ارش، لأن صاحب الغرس دفعه مقلوعا، وإن قلع صاحب الغرس ضمن طم الحفر، لأنه لتخليص ماله).

أي: إذا اشترى من رجل أرضاً فارغة، واشترى من آخر غرساً وغرسه في

---

(١) في «م» و «ق»: لويلزم، وما أثبتناه من الحجري، وهو الصحيح.

. . . .

تلك الأرض، ثم أفلس بثمن كل من الأرض والغرس، حيث أنها دين عليه، فلكل من صاحب الأرض وصاحب الغرس الفسخ والرجوع إلى ما له، ولكل منهما تخليص ما له من مال الآخر، لأن صاحب الغرس لم يكن يستحق منفعة الأرض، وإنما استحقها المفلّس بالشراء، وقد زال هذا الاستحقاق بفسخ كل منهما، فان الغرس بعد الفسخ ليس للمفلّس ليبقى استحقاق المنفعة له في الأرض بعد فسخ بائعها.

فينظر حينئذ إن أراد القلع صاحب الأرض كان له ذلك، فاذا قلع بنفسه لم يكن عليه أرش، لأن صاحب الغرس إنما دفعه مقلوعاً، فبالفسخ يستحقه كما كان، وإن أراد القلع صاحب الغرس كان له ذلك.

فاذا قلع بنفسه ضمن طم الحفر لصاحب الأرض، لأن ذلك إحداث في ملك الغير لتخليص ما له ومصلحته بسبب فعل غيرمضمون، إذا لم يكن الغرس في الارض عدواناً.

ويفهم من قول المصنف: (اذا لم يزد) أن الغرس لوزاد لم يكن له القلع، وهو صحيح على ما قلناه من ان الزيادة للمفلس، اما على قول المصنف فيشكل.

فرعان:

أ: هل لكل منهما مطالبة الآخر بتخليص ما له من مال الآخر؟ الظاهر لا، لأن الغرس لم يقع من واحد منهما بغير حق، وإنما ذلك فعل المفلس حين كان مالكاً للعين والانتفاع، نعم لكل واحد تولي ذلك وإن لم ياذن الحاكم، ولو استأذنه كان أولى.

ب: لو كان الغرس حين بيع الأرض صالحاً للاستنبات، وحين الفسخ خرج عن تلك الصلاحية أو نقصت، هل يستحق صاحبه على صاحب الأرض الأرش لو قلعه صاحب الأرض؟

مقتضى تعليل المصنف في المسألة السابقة ـ بكون صاحب الغرس دفعه

ولصاحب الزيت الرجوع وإن خلطه بمثله، أو أردأ لا بأجود.

ويحتمل الرجوع، فيباعان ويرجع بنسبة عينه من القيمة، فلو كان قيمة العين درهماً والممزوج بها درهمين بيعتا وأُخذ ثلث الثمن.

مقلوعاً ـ الاستحقاق، لأنه دفعه مقلوعاً على حالة مخصوصة، وبالقلع الآن تزول تلك الحالة.

ويحتمل أن لايكون له شيء، لأن منفعة الأرض بعد الفسخ لبائعها، لأن الغرس حينئذ ليس للمفلس فيستحق إبقاءه، لأن الفرض فسخ صاحب الأرض أيضاً.

قوله: (ولصاحب الزيت الرجوع وإن خلطه بمثله أو أردأ لا بالأجود، ويحتمل الرجوع، فيباعان ويرجع بنسبة عينه من القيمة، فلوكانت قيمة العين درهماً والممزوج بها درهمين بيعتا وأُخذ ثلث الثمن).

اعلم: أن الأول الذي أفتى به المصنف هو مختار الشيخ[١] وجماعة، لأن الخلط بمثله لايزيد به على الشركة، فيرجع بالعين ويميزها بالقسمة، وكذا لوخلطت بالأردأ، لأنه قد رضي بدون مثل حقه، فأما إذا خلطت بالأجود فهي كالتالفة، فلا يكون له حق في العين. وهذا ضعيفٌ جداً، فان الخلط بالاجود لايصير العين تالفة.

والاحتمال هو مختار ابن الجنيد[٢]، وإليه ذهب المصنف في المختلف[٣]، كذا حمل المصنف عبارة ابن الجنيد، فان ظاهرها فيه احتمال، وهذه عبارته بعد سوق المسألة: كان للبائع ثمن متاعه مبتدأً به على الغرماء. وهو محتمل لثمن الأصل والقيمة.

---

(١) المبسوط ٢: ٢٦٢-٢٦٣.

(٢) المختلف: ٤٢٧.

(٣) المصدر السابق.

. . . .

لكن يبطل الأول أن استحقاق الثمن كله لا وجه له، لامتناعه مع الفسخ، وعدم استحقاق الجميع مع عدمه، لأنه حينئذ أُسوة الغرماء.

فان قيل: هل يجاب البائع لو طلب القسمة بعد الرجوع، والمخلوط به المثل أو الأردأ؟

قلت: يحتمل أن لا يجاب، لأن الخلط لم يكن على طريق الاشتراك، وإنما وقع ذلك من المفلس حين كان مالكاً لكل من المخلوطين، فلو أجبناه إلى القسمة لزم تملكه بعض مال المفلس، لامتناع فصل ملكه، وهو باطل.

ولأن القائلين باستحقاق القيمة بالبيع بعد الرجوع لم يفصلوا، فظاهرهم إطلاق الحكم في الحالات كلّها، وفي التحرير أثبت له المطالبة بالبيع في الخلط بالمثل والأردأ[1].

والحاصل أن قول الشيخ بسقوط الحق من الرجوع بالخلط بالأجود لأن العين كالتالفة ضعيف، لأن العين موجودة قطعاً، غاية ما هناك أنه تعذر تميزها، لكن لم يتعذر الرجوع إلى قيمتها بأن تباع، فكيف يسقط ذلك، وينحصر الامر في الضرب بالثمن مع الغرماء.؟

ونقل الشيخ قولاً، أنه يدفع إليه من عين الزيت بنسبة ما يخصه من القيمة، فاذا خلطت جرته بجرة والقيمة ضِعف، أُعطي ثلثي جرة، ثم غلّطه[2]، والأصح هو الثاني، فحينئذ إذا كانت قيمة عين مال البائع درهماً والممزوج بها درهمين، بيعتا وأُخذ ثلث الثمن.

وينبغي أن يقال: لو امتنع من البيع بيع حق المفلس وحده وإن لزم فيه نقصان عما لو بيعا جميعاً، لأن الخلط بفعله، ويلوح من كلام القائلين باستحقاق الحصة من القيمة أنه لابد من البيع، وكل محتمل.

---

(١) تحرير الأحكام ١: ٢١٤، وقد أثبت له المطالبة بالبيع في الخلط بالأردأ فقط دون المثل، فتأمل.

(٢) المبسوط ٢: ٢٦٣.

ولو كانت الزيادة صفة محضة كطحن الحنطة، وخبز الطحين، وقصارة الثوب، ورياضة الدابة، وما يستأجر على تحصيله سلّمت الى البائع مجاناً؛ لأنها كالمتصلة من السمن وغيره. ويحتمل الشركة، لأنها زيادة حصلت بفعل متقوم محترم فلا يضيع عليه، بخلاف الغاصب فإنه عدوان محض

قوله: (ولو كانت الزيادة صفة محضة، كطحن الحنطة، وخبز الطحين، وقصارة الثوب، ورياضة الدابة، وما يستأجر على تحصيله سلمّت إلى البائع مجاناً، لأنها كالمتصلة من السمن وغيره، ويحتمل الشركة، لأنها زيادة حصلت بفعل متقوم محترم، فلا يضيع عليه، بخلاف الغاصب فانه عدوان محض).

من الزيادة ما يكون عيناً محضة كالولد، ومنها ما يكون صفة محضة كطحن الحنطة وخبز الدقيق، ومنها ما يتركب منها:

فالأول: سبق حكمه.

والثاني: هو المذكور هنا، وقد ذكر المصنف فيه احتمالين:

أحدهما: وهو ظاهر اختياره، أنه كالزيادة المتصلة من السمن وغيره، فللبائع الرجوع بها مجاناً، وتقريبه ماسبق.

والثاني: الشركة بينه وبين المفلس، فيكون المفلس شريكاً بها، ووجهه ما ذكره من أنها زيادة حصلت بفعل متقوم محترم، وكل ما كان كذلك يجب أن لايضيع على فاعله، وهذا بخلاف الغاصب، فان فعله عدوان محض، فلا يستحق باعتباره شيئاً.

فان قيل: أي فرق بين هذا، وبين نحو السمن والكبر والنمو، فان ذلك آت؟

قلنا: قد فرق المصنف في التذكرة بينها، بأن القصارة ونحوها فعل القصار، فانه إذا قصر الثوب صار مقصوراً بالضرورة، وكذا الطحن والخبز، واما

فيباع المقصور، فللمفلس من الثمن بنسبة مازاد عن قيمته، فلو كانت قيمة الثوب خمسة وبلغ بالقصارة ستة فله سدس الثمن.

ولو لم تزد القيمة فلا شركة،

السمن والكبر فان العلف والسقي قد يوجدان كثيراً ولا يحصل سمن ولا كبر، فلا يكون السمن والكبر أثراً للسقي والعلف، فلا يكونان من فعل فاعلها، بل هما محض صنع الله تعالى، ولهذا لا يجوز الاستئجار على تسمين الدابة وكبر الودي، ويجوز الاستئجار على القصارة ونحوها[1].

هذا محصل ما فرق به، ولعله هنا حاول الاشارة إلى هذا الفرق بقوله: (وما يستأجر على تحصيله).

إذا عرفت هذا فلاحاجة بنا إلى هذا البحث والفرق، لأنّا نجعل الزيادة في الموضعين للمفلس.

قوله: (فيباع المقصور، فللمفلس من الثمن بنسبة ما زاد من قيمته، فلو كانت قيمة الثوب خمسة وبلغ بالقصارة ستة، فله سدس الثمن).

هذا تفريع على الاحتمال الثاني، وهو الشركة، أي: فبناء على الشركة لا طريق إلى إيصال الحق إلى مستحقه إلا بيع المقصور، فيكون للمفلس من ثمنه الحاصل بالغاً ما يبلغ بنسبة مازاد من قيمته بالقصارة، فلو كانت قيمة الثوب خمسة وبلغ بالقصارة ستة، فبيع بما فوق الخمسة، فللمفلس سدس الثمن، وعلى هذا القياس.

قوله: (ولو لم تزد القيمة فلا شركة).

أي: هذا الذي [ذكر][2] من احتمال الشركة إنما هو مع فرض زيادة القيمة بالصفة المذكورة، أما على تقدير عدم الزيادة ـ سواء حصل نقصان أو لا ـ فلا شركة قطعاً، لأن عين مال البائع موجودة إذا لم تتلف بانضمام الصفة إليها،

---

(١) التذكرة ٢: ٦٩.

(٢) لم ترد في نسختي «ق» و «م»، أثبتناها من الحجري لاقتضاء السياق لها.

فإن الحقنا الصفة بالأعيان كان للأجير على الطحن والقصارة حبس الدقيق والثوب لاستيفاء الأُجرة، كما ان للبائع حبس المبيع لاستيفاء الثمن، وإلّا فلا، فإن تلف الثوب في يده فإن الحقنا الصفة بالعين لم يستحق الأُجرة قبل التسليم كالبائع بتلف العين في يده قبل التسليم فإنه يسقط ثمنه، وإلّا استحق كأنه صار مسلماً بالفراغ.

ولا قيمة للصفة، فتمتنع الشركة، لأن أثر الشركة إنما يظهر في القيمة.

واعلم: أن الاعتبار بالقيمة مع الزيادة حين الرجوع، إلّا أن تتجدد زيادة أُخرى حين البيع فتعتبر، ولو زاد الثوب وحده فانما اعتبرت الزيادة، وكذا القصارة، ومع النقص فان كان طارئاً على القيمة الثابتة وقت البيع، فانه يحل بالاستحقاق للقصارة، وإن كان زيادة حين الرجوع ثم طرأ النقصان، نظر إلى كلّ واحد منها منفرداً وأُعطي حكمه.

قوله: (فإن ألحقنا الصفة بالأعيان، كان للأجير على الطحن والقصارة حبس الدقيق والثوب لاستيفاء الأُجرة، كما أن للبائع حبس المبيع لاستيفاء الثمن، وإلّا فلا).

هذا تفريع على الاحتمالين السابقين من الشركة وعدمها، فان قلنا بالشركة فقد ألحقناها بالأعيان، فحينئذ يثبت الحكم، بأن له حبس الدقيق والثوب، لاستيفاء الأُجرة، ولو جعلناها أثراً محضاً لم يكن له ذلك.

ووجه البناء المذكور: إنّها على تقدير إلحاقها بالأعيان يكون فعلاً له، فيستحق حبسه إلى أن يأخذ عوضه، وعلى الآخر لافعل أصلاً، ولا يجوز حبس مال الغير لحق آخر.

قوله: (فان تلف الثوب في يده، فان ألحقنا الصفة بالعين لم يستحق الأُجرة قبل التسليم، كالبائع بتلف العين في يده قبل التسليم، فانه يسقط ثمنه، وإلّا استحق، كأنه صار مسلّماً بالفراغ).

ولو كانت الزيادة عيناً من وجه وصفة من وجه كصبغ الثوب، فإن لم تزد القيمة فلا شركة، وإن زادت بقدر قيمة الصبغ كما لو كانت قيمة الثوب أربعة، والصبغ درهمين، والمصبوغ ستة فللمفلس ثلث الثمن. وإن زادت أقل، كما لو كان مصبوغاً بخمسة فالنقصان على الصبغ لهلاكه وقيام الثوب.

هذا تفريع آخر أيضاً على الاحتمالين السابقين، ووجهه: أنه على تقدير الالحاق بالأعيان، يكون فعله الذي يعدّ مالاً له مضموناً في يده إلى أن يسلّمه إلى المستأجر، إذ هو أحد عوضي المعاوضة التي اقتضت وجوب التسليم من الطرفين، فبالضرورة يكون مضموناً عليه إلى أن يسلّمه، فيستحق العوض الآخر في مقابله.

وعلى تقدير العدم استحق الأجرة بالفراغ من الاتيان بما استؤجر عليه، والعين في يده أمانة، وقد عرفت الراجح مما تقدم.

قوله: (ولو كانت الزيادة عيناً من وجه وصفة من وجه آخر كصبغ الثوب، فان لم تزد القيمة فلاشركة، وإن زادت بقدر قيمة الصبغ، كما لو كانت قيمة الثوب أربعة والصبغ درهمين والمصبوغ ستة، فللمفلس ثلث الثمن).

هذا هو القسم الثالث من الأقسام المذكورة سابقاً، وهو ماتكون الزيادة عيناً من وجه وصفة من آخر، وذلك كصبغ الثوب، فان اجزاء الصبغ عين قطعاً، وتلون الثوب بها صفة، وهنا أيضاً متى لم تزد القيمة بالصبغ ونحوه انتفت الشركة قولاً واحداً، كما ذكرناه سابقاً.

وإن زادت، فاما أن تكون الزيادة بقدر قيمة الصبغ، أو أقل، أو أكثر، فالأقسام ثلاثة، في الأول يستحق المفلس الزائد، وهو ثلث الثمن في المثال المذكور ـ قيمة الصبغ ـ ولايكون في مقابل الصفة شيء، لانتفاء الزيادة باعتبارها.

قوله: (وإن زادت أقل، فالنقصان على الصبغ، لهلاكه وقيام الثوب).

ولو ساوى ثمانية، فإن الحقنا الصفة بالأعيان فالزيادة للمفلس، فالثمن نصفان، وإلّا احتمل تخصيص البائع فالثمن ارباعاً، أو البسط فالثمن اثلاثاً.

هذا هو القسم الثاني من الأقسام المذكورة آنفا، وحكمه ما ذكره، وتوضيح ما علل به: أنه لما كانت عين الثوب قائمة بحالها لم تتغير، وأجزاء الصبغ تفرقت في الثوب صارت كالهالكة، إذ لايصبغ بها شيء آخر، كانت نسبة النقصان إليها أولى من نسبته إلى الثوب.

لكن يجب أن يقيد هذا بما إذا لم يعلم استناد النقصان إلى الثوب أو إليهما، بأن لم تبلغ قيمته خاماً الان مقدار الأربعة.

قوله: (ولو ساوى ثمانية، فان ألحقنا الصفة بالأعيان فالزيادة للمفلس، فالثمن نصفان، وإلّا احتمل تخصيص البائع فالثمن أرباعاً، أو البسط فالثمن أثلاثاً).

هذا هو القسم الثالث، وهو أن تكون الزيادة بالصبغ أكثر من قيمة الصبغ، كأن يساوي الثوب في الفرض المذكور ثمانية دراهم، فيبنى على ما سبق، فان ألحقنا الصفة بالاعيان، فقيمة الصبغ وقيمة الصفة كلاهما للمفلس، وهما عبارة عما زاد على قيمة الثوب، ووجه هذا التفريع ظاهر بعد الاحاطة بما سبق.

وإن لم نقل بالالحاق، ففيه احتمالان:

أحدهما: تخصيص البائع بالصفة على نهج ماسبق، فيكون ما قابلها من القيمة له، وللمفلس قيمة الصبغ، إذ لا مال له ـ على ذلك التقدير ـ سواه.

الثاني: بسط الزيادة على مال المفلس وهو الصبغ، ومال البائع وهو الثوب، لعدم الأولوية.

ولما كانت قيمة الثوب ثلثي مجموع القيمتين، كان للبائع ثلثي الزيادة وللمفلس ثلثها، وهذا لايستقيم إلّا على تقدير العلم بأن تلوّن الثوب بالصبغ لاحظ له من الزيادة.

ولا فرق بين عمل المفلس بنفسه، أو بالأُجرة في الشركة.

ولو أفلس قبل إيفاء الأجير أُجرة القصارة، فإن ألحقناها بالأعيان، فإن لم تزد قيمته مقصوراً على ماكان فهو فاقد عين ماله، وإن زادت فلكل من البائع والأجير الرجوع الى عين ماله، فلو ساوى قبل القصارة عشرة، والقصارة خمسة، والأُجرة درهم قدّم الأجير بدرهم، والبائع بعشرة، وأربعة للغرماء.

واختار المصنف في التذكرة كون الزيادة كلّها للمفلس؛ لأنها عوض الصبغ والصفة جميعاً، وهما له لا شيء للبائع فيها[1]، فيكون احتمالاً رابعاً، ولا ريب أنه أقوى على كل تقدير.

واعلم أن قول المصنف: (فالثمن نصفان) بالرفع، وقوله: (فالثمن أرباعاً)، وقوله: (أو البسط فالثمن أثلاثا) ليس على نهج واحد في الاعراب، فلابد من تقدير عامل لنصب (أرباعا) و (أثلاثا) مثل: يبسط ونحوه.

قوله: (ولا فرق بين عمل المفلس بنفسه، أو بالأُجرة في الشركة).

لأن ما عمله بالأجرة مملوك له بالمعاوضة.

قوله: (ولو أفلس قبل إيفاء الأجير أُجرة القصارة، فان ألحقناها بالأعيان، فان لم تزد قيمته مقصوراً على ما كان فهو فاقد عين ماله، وإن زادت فلكل من البائع والأجير الرجوع إلى عين ماله، فلو ساوى قبل القصارة عشرة والقصارة خمسة والأُجرة درهم، قدم الأجير بدرهم والبائع بعشرة وأربعة للغرماء).

أي: لو أفلس في الصور المذكورة سابقاً، أعني: فيما تكون الزيادة صفة محضة قبل إيفاء الأجير أجرته، وكان قصاراً مثلاً، فان ألحقنا الصفة بالأعيان، فان لم تزد القيمة باعتبار القصارة فالعين للبائع، والأجير فاقد عين ماله فهو أُسوة الغرماء.

---

(١) التذكرة ٢: ٧٠، وفيها: (..لانها عوض الصبغ والصنعة..).

ولبائع الجارية انتزاعها وإن حبلت منه مع الافلاس بالثمن لا الولد،

وهذا تقييد ما سبق، من أن له أن يحبس الثوب إلى أن يأخذ الأجرة، تفريعاً على أن الصفة كالأعيان، إذ مع عدم الزيادة لا مال له ليحبسه.

وإن زادت، فلكل من البائع والأجير الرجوع إلى عين ماله، أما البائع فظاهر، واما الاجير، فلان التفريع على ان الصفة كالاعيان.

فإن قيل: لا مال له، لأن المال حينئذ للمفلس، وهو إنما يستحق الأُجرة.

قلنا: إنا حيث ألحقنا الصفة بالأعيان، لم نرد بذلك كونها عينا في الحقيقة تفرد بالأخذ والرد، وإنما أردنا أنها مشبهة بالاعيان من بعض الوجوه، نظراً إلى كونها متقومة مقابلة بعوض، فكما لاتضيع الأعيان على مستحقها لاتضيع هذه.

وليست القصارة مورد الاجارة، بل موردها الفعل المحصل للقصارة، لكن ذلك يمتنع الرجوع إليه، فيجعل الحاصل بفعله لاختصاصه به متعلق حقه، فانّ له الحبس إلى أن يقبض كما سبق.

فحينئذ ينظر قيمة الثوب، ومقابل الصفة، وقدر الأُجرة، ويقسط الحاصل بعد البيع، أن يدفع إلى البائع ثمن الثوب، والى الأجير أُجرته، والباقي للمفلس، فيصرف إلى الغرماء.

إذا عرفت ذلك، فاعلم أن قول المصنف: (فلكل من البائع والأجير الرجوع إلى عين ماله) فيه توسع بالنسبة إلى الأجير.

قوله: (ولبائع الجارية انتزاعها، وإن حبلت منه مع الافلاس بالثمن، لا الولد).

أي: لو كان المبيع الذي حصل الافلاس بثمنه جارية، كان للبائع انتزاعها، وإن حبلت من المفلس، ولايمنع الاستيلاد من الأخذ، فان أُم الولد تباع في ثمن رقبتها، فلا يكون الاستيلاد مانعاً من أخذها باعتبار تعذر أخذ ثمنها،

ويتعلق حق الغرماء بعوض الجناية خطأ لا عمداً إلا اذا رضي به ولا يجب عليه.

ويجب أن يؤاجر الدابة، والدار، والمملوك وإن كانت أم ولد لا نفسه،

فلا يمنع مانع من تناول الخبر الدال على الاختصاص لها[1]، أما الولد فانه حر يُسيّب، فلا سبيل له عليه.

قوله: (ويتعلق حق الغرماء بعوض الجناية خطأ لا عمداً، إلّا إذا رضي به، ولا يجب عليه).

أي: لا يتعلق حق الغرماء بعوض الجناية عمداً على المفلس أو عبده من مثله، إلّا إذا رضي المفلس بالعوض، لأن الواجب حينئذ هو القصاص لا العوض، ولا يجب على المفلس الرضى بالعوض، عملاً بالأصل.

قوله: (ويجب أن يؤجر الدابة والدار والمملوك وإن كانت أم ولد).

هذا إذا كان كل واحد من هذه ممنوعاً من بيعه، لكونه موقوفاً، وكانت الدابة والدار والمملوك ـ سوى ما يستثنى ـ له، وإلّا وجب البيع فيما عدا المستثنيات، فلا يؤجر كما لا يباع.

ويمكن تنزيل ذلك على زمان الحجر قبل البيع، فان المحافظة على أمواله بضبط منافعه واجبة.

وهذا فيما عدا أُم الولد، فانها غنية عن التقييد، إذ لا تباع كما سبق، لحق الاستيلاد، نعم تؤجر، ولو كانت خدمته تحصل بها فليس ببعيد وجوب بيع ما سواها، فحينئذ لا تؤجر أيضاً.

قوله: (لا نفسه).

أي: لا يجب ذلك، كما لا يجب عليه التكسب ولا يلزم به، لظاهر قوله

---

(١) الكافي ٦: ١٩٣ حديث ٥، الفقيه ٣: ٨٣ حديث ٢٩٩.

ويتساوى غرماء الميت مع عدم الوفاء، ومعه لصاحب العين الاختصاص.

المطلب الخامس: في حبسه:

ولا يجوز حبسه مع ظهور فقره، ويثبت باقرار الغريم،

تعالى: (فنظرة الى ميسرة)[1] وظاهر ماروي عن أميرالمؤمنين عليه‌السلام أنه اذا تبين الافلاس والحاجة أطلق المديون[2].

قوله: (ويتساوى غرماء الميت مع عدم الوفاء، ومعه لصاحب العين الاختصاص بها).

أي: ومع الوفاء ـ أي: وفاء التركة بجميع الديون ـ يختص صاحب العين بها، وهذا في الميت مفلساً لا مطلقاً.

وفي حواشي شيخنا الشهيد استشكال، ذلك لأن الوارث مخير في جهات القضاء.

وجوابه: أنه بعد ثبوت الحجر، وتعلق ديون الغرماء بالأموال، واختصاص الغريم بعين ماله ـ غاية ما في الباب، أنه في حال مخصوص ـ كيف يكون الوارث مخيراً؟ ومستند ذلك النص[3]، ولعل السرّ فيه أن الحي لما رجي اكتسابه وأداؤه الدين، اختص صاحب العين بها مطلقاً، بخلاف الميت، فانه مع عدم الوفاء يتزايد الضرر على الغرماء باختصاصه.

قوله: (ولا يجوز حبسه مع ظهور فقره).

الظاهر أن الضمير في (حبسه) لا يتعين عوده إلى المفلس، فان الحبس للمديون إذا لم يؤد، ومنع الحبس مع الفقر ظاهر.

قوله: (ويثبت باقرار الغريم).

في حقه خاصة، إلّا أن يتعدد مع العدالة، فانه يثبت مطلقاً.

---

(١) البقرة: ٢٨٠.

(٢) الفقيه ٣: ١٩ حديث ٤٣، التهذيب ٦: ٢٩٩ حديث ٨٣٤، الاستبصار ٣: ٤٧ حديث ١٥٦.

(٣) التهذيب ٦: ١٩٣ حديث ٤٢١، الاستبصار ٣: ٨ حديث ٢٠.

أو البينة المطلعة على باطن أمره. ولو فقد الأمران فإن عرف له مال ظاهر أُلزم التسليم، أو الحبس، أو يبيع الحاكم عنه ويوفّي، وإن لم يظهر له مال ولا بينة على دعوى الاعسار حبس حتى يظهر اعساره إن عرف له أصل مال، أو كان أصل الدعوى مالاً، وإلا قبل قوله، ولا يكلف البينة بعد اليمين.

قوله: (أو البينة المطلعة على باطنه).

سيأتي أن اطلاعها على باطنه شرط فيما إذا شهدت بالاعسار لابتلف الأموال، والمراد من الاطلاع على باطنه: العلم بباطن أحواله، بسبب المعاشرة الطويلة، بمسافرة ومجاورة ونحوهما.

قوله: (ولو فقد الأمران، فان عرف له مال ظاهر أُلزم التسليم، أو الحبس، أو يبيع الحاكم عنه ويوفي).

أي: لو فقد إقرار الغريم، والبينة المطلعة على حاله، فان عرف له مال ظاهر ـ أي: جلي غير مستور ـ فان كان من جنس الحق ألزمه الحاكم بالتسليم وقهره عليه، ولو كان من غير الجنس قهره على البيع، أو حبسه إلى أن يبيع ويؤدي، أو يبيع الحاكم عنه ويوفي، ويحلّ لصاحب الدين الاغلاظ له، ويحل ضربه بالعناد.

قوله: (وإن لم يظهر له مال ولابينة على دعوى الاعسار، حبس حتى يظهر إعساره، إن عرف له أصل مال، أو كان أصل الدعوى مالاً).

لأن الاصل بقاء المال وعدم تلفه.

قوله: (والا قبل قوله، ولايكلف البينة بعد اليمين).

أي: وإن لم يعرف له أصل مال، ولا كان أصل الدعوى مالاً، بأن كان أُجرة خدمة، أو عوض إتلاف، أو جناية قُبل قوله بيمينه، لأنه في الحقيقة منكر للمال، والأصل عدمه.

ولو شهد عدلان بتلف ماله قبل بغير يمين وإن لم تكن مطلعة على باطنه.

ولو شهدا بالاعسار مطلقاً لم تقبل إلا مع الصحبة المؤكدة، وللغرماء احلافه مع البينة،

قوله: (ولو شهد عدلان بتلف ماله قبل بغير يمين، وإن لم تكن مطلعة على باطنه).

المراد: شهادة عدلين بتلف جميع أمواله، لأن الشهادة بتلف مال في الجملة ليست مستلزمة لكونه فقيراً، فيثبت بذلك فقره، ولا حاجة إلى اليمين، لأن البينة على المدعي واليمين على من أنكر، والتفصيل قاطع للشركة.

-ولا يشترط لقبول شهادة الشاهدين بتلف-العلم بكونهما مطلعين على باطن أحواله، لأنهما إذا شهدا بتلف جميع الأموال كان ذلك كافياً في ثبوت المراد، لأن الفرض عدالتهما، والعدل لا يجازف في شهادته.

وقال في التذكرة بالزامه باليمين هنا خاصة، واحتج عليه بأن البينة إذا شهدت بالتلف، كان كمن ثبت له أصل مال واعترف الغريم بتلفه وادعى مالاً غيره، فانه يلزمه اليمين[1].

وفيه نظر، لأن البحث ليس فيمن شهدت له البينة بتلف مال مخصوص، بل بتلف جميع أمواله، فان سمعت فلا يمين، وإلّا كان وجودها كعدمها، فلا يعتبر اليمين حينئذ.

قوله: (ولو شهدا بالاعسار مطلقاً، لم يقبل إلّا مع الصحبة المؤكدة، وللغرماء إحلافه مع البينة).

أي: لو شهد الشاهدان بالاعسار مطلقا -أي: غير مقيد بتلف جميع الاموال- فلابد في قبول هذه الشهادة من علمنا بكون الشاهدين لهما صحبة مؤكدة

---

(١) التذكرة ٢: ٥٩.

ومع قسمة ماله يجب اطلاقه، ويزول الحجر بالأداء لا بحكم الحاكم.

مع المشهود له، أي: مع معاشرة كثيرة يطلعان بها على أحواله.

ولا يراد كون ذلك شرطاً في نفس الأمر فقط لا في علمنا، لأن اشتراط العلم بحقيقة الحال في نفس الأمر ثابت في كل مشهود له.

فان قيل: مع عدالة الشاهدين لِمَ يشترط هذا الأمر الزائد؟

قلنا: لأن الشهادة على النفي حقّها أن لاتسمع، فاذا سمعت لكونها قد ضبطت بما يلحقها بالاثبات، لم تبلغ مرتبة الاثبات، فلا بد من تقويتها بالعلم بالصحبة المؤكدة، حتى يعلم أنها لا ينفيان المال ـ بشهادتها بالاعسار ـ تعويلاً على ظاهر الحال.

ومن ثم كان للغرماء إحلاف المديون حينئذ مع البينة، لأن شهادة النفي لايزول معها الاحتمال بالكلية، ولاصراحة لها في تلف الأموال، بخلاف شهادة الاثبات، فضعفها قائم، فتجبر باليمين، وهذا هو مختار الاكثر وعكس الحكم في التذكرة[1]، وهو ضعيف كما قلناه.

قوله: (ومع قسمة ماله يجب إطلاقه).

ينبغي أن يكون مرجع الضمير مطلق الديون بمعونة المقام، كما سبق في أول المبحث، فيندرج فيه المفلس وغيره، فاذا قسم جميع مال المديون ولم يبق له مال يصرف في الدين، يجب على الحاكم اطلاقه من الحبس إذا كان محبوساً.

قوله: (ويزول الحجر بالأداء، لا بحكم الحاكم).

أي: باداء أمواله في الديون على الوجه السابق، فحينئذ يزول حجر المحجور، ولا يتوقف على حكم الحاكم عندنا، لأنه إنما كان لحقوق الغرماء ليقسموا أمواله الموجودة، وقد حصلت، فيزول.

---

(١) التذكرة ٢: ٥٩.

ويجوز الحبس في دين الولد، ولا تمنع الاجارة المتعلقة بعين المؤجر من حبسه.

المطلب السادس: في بقايا مباحث هذا الباب:

لو افلس المشتري بعد جناية العبد فالأقرب أن للبائع الرجوع ناقصاً بأرش الجناية، أو الضرب بثمنه مع الغرماء. ولا يسقط حق المجني عليه من أخذ العين،

قوله: (ويجوز الحبس في دين الولد).

في رواية الحسين بن أبي العلاء عن الصادق عليه السلام[١] ما يدل على عدم الجواز، وإن كان في الحسين قول، لكن ظاهر قوله عليه السلام: «انت ومالك لابيك» ومؤكدات القرآن في حق الوالدين[٢] مؤيدة لهذا الرواية، والقول بعدم الجواز لا يخلو من قوة، واختاره في التذكرة[٣].

قوله: (ولا تمنع الاجارة المتعلقة بعين المؤجر من حبسه).

أي: من حبسه بدين شخص آخر مطالب، حيث يجوز الحبس، وفي المسألة تردد، ينشأ من تعارض إطلاق أوامر الحبس في الدين للممتنع من الأداء مع المطالبة وعدم الاعسار، واختصاص المستأجر لعينه بمنافعه، ولا أولوية.

ويحتمل اعتبار الأسبقية، وإن ضعف فيما إذا كان الدين أسبق دون المطالبة، وللتوقف مجال، والمسألة موضع إشكال، وهذا إذا لم يمكن الجمع.

قوله: (لو أفلس المشتري بعد جناية العبد، فالأقرب أن للبائع الرجوع ناقصاً بأرش الجناية، أو الضرب بثمنه مع الغرماء، ولا يسقط حق المجني عليه من أخذ العين).

---

(١) الكافي ٥: ١٣٦ حديث ٦، الفقيه ٣: ١٠٩ حديث ٤٥٦، التهذيب ٦: ٣٤٤ حديث ٩٦٦، الاستبصار ٣: ٤٩ حديث ١٦٢.

(٢) منها ما ورد في سورة البقرة: ٨٣، والنساء: ٣٦، والأنعام: ١٥١، والاسراء: ٢٣.

(٣) التذكرة ٢: ٥٩.

والأقرب تقديم حق الشفيع على البائع؛ لتأكيد حقه حيث يأخذ من المشتري، وممن نقله اليه، وسبقه.

ويحتمل تقديم البائع؛ لانتفاء الضرر بالشفعة؛ لعود الحق كما كان، وأخذ الثمن من الشفيع فيختص به البائع جمعاً بين الحقين.

أي: لو أفلس المشتري بعد جناية العبد المبيع بثمنه، فالأقرب أن للبائع الرجوع بالعبد ناقصاً بأرش الجناية، أي: ناقصاً بتعلق أرش الجناية به، لأن ذلك عيب، ولا يرجع بأرش هذا العيب، بناء على قاعدة المصنف والجماعة.

وعلى ما اخترناه، فله الضرب بنقص القيمة، لكونه مضموناً عليه، أو الضرب بثمنه مع الغرماء، فيكون مخيراً بين الأمرين، الفسخ والرجوع إلى العبد، والضرب مع الغرماء بثمنه.

ووجه القرب: أن حق البائع سابق، ولعدم المنافاة، ويحتمل المنع، لأن حقّ المرتهن مانع من الرجوع كما سبق، وتعلق حق المجني عليه أقوى من تعلق حق المرتهن، فلا يرجع معه بطريق أولى.

ويضعّف بأن الرجوع يقتضي إبطال الرهن لا حق المجني عليه، فلا منافاة، والأولوية غير ظاهرة، واعلم أن الجار في قوله: (بأرش الجناية) يتعلق بقوله: (ناقصاً).

قوله: (والأقرب تقديم حق الشفيع على البائع لتأكد حقه، حيث يأخذ من المشتري وممن نقله إليه وسبقه، ويحتمل تقديم البائع، لانتفاء الضرر بالشفعة، لعود الحق كما كان، وأخذ الثمن من الشفيع، فيختص به البائع جمعاً بين الحقين).

لو كان المبيع شقصاً مشفوعاً، وأفلس المشتري بالثمن، ففي الحكم احتمالات ثلاثة:

أقربها عند المصنف تقديم حق الشفيع، فيأخذ المبيع دون البائع، ويكون الثمن حينئذ كسائر أموال المشتري يشترك فيها الغرماء، والبائع كأحدهم، ووجه

. . . .

هذا الاحتمال المصنف بوجهين:

أ: تأكد حقه، أي: قوته بالنسبة إلى حق البائع، بدليل أنه يأخذ من المشتري، وممن نقل المشتري المبيع إليه، والبائع إنما يختص بالعين إذا لم يتعلق بها حق ثالث كما سبق، فلا يأخذ من المشتري المفلس[١] ولا من المتهب والمرتهن، ولا ريب أن استحقاق من لا ينبغي استحقاقه بتعلق حق ثالث أقوى ممن ليس كذلك، ومع تعارض الحقين يقدم الأقوى.

ب: سبق حق الشفيع على حق البائع، وذلك لأن حقه ثبت من حين البيع، وحق البائع إنما يثبت بالتفليس، والأسبق مقدم ومانع من ثبوت الآخر، عملاً بالاستصحاب وللمنافاة بينهما، فلا يثبتان، ويمنع ثبوت المتأخر ورفع المتقدم، لانتفاء المقتضي، بل المقتضي للعدم قائم، وهذا أقوى.

والشارح وجه السبق، بأن حق الشفيع لاحق للبيع لذاته، وحق البائع لاحق بواسطة الافلاس، وما بالذات أسبق[٢]، وهذا سبق معنوي، وما ذكرناه أفقه.

الثاني: تقديم البائع، فيفسخ ويختص بالعين، ووجهه المصنف بزوال الضرر الحاصل بالشفعة به، فان التسلط على مال الغير بغير رضاه ضرر، وما يزال به الضرر أقوى، فان الضرر منفي بالنص[٣].

وإنما قلنا: أن الضرر يزول بذلك، لأن الأخذ بالشفعة يقتضي عود الحق كما كان قبل البيع، ويؤيده عموم الخبر الدال على اختصاص البائع بعين ماله إذا أفلس المشتري بالثمن[٤].

---

(١) في نسختي «م» و «ق»: من المفلس.

(٢) ايضاح الفوائد ٢: ٨٠.

(٣) هو حديث «لاضرر ولاضرار»، انظر: سنن ابن ماجة ٢: ٧٨٤ حديث ٢٣٤٠ و٢٣٤١، سنن الدارقطني ٤: ٢٢٧ حديث ٨٣، مسند أحمد ١: ٣١٣ و٥: ٣٢٧، الكافي ٥: ٢٨٠ حديث ٤، الفقيه ٣: ٤٥ حديث ١٥٤، التهذيب ٧: ١٤٦ حديث ٦٥١.

(٤) التهذيب ٦: ١٩٣ حديث ٤٢٠، الاستبصار ٣: ٨ حديث ١٩.

ولـيس للمحرم الرجـوع في الصيد،

ويضعّف بأن المنفي هو الضرر الذي لم يعلم ثبوته شرعاً، أما ما ثبت بالنص والاجماع فلا ينتفي إلّا بدليل منها أقوى، ويمنع شمول الخبر لهذا القسم، لسبق حق الشفعة الثابت قطعاً، فلابد لزواله ليشمله الخبر من قاطع، وهو منتف.

ولايقال: تعارض العامان، لأن ثبوت الشفعة أسبق.

الثالث: أخذ الثمن من الشفيع، فيقدم بعين المبيع على البائع، ويخص البائع بالثمن، حيث أنه عوض عن ماله، وحيث تعذر أخذه للعين واختصاصه بها، فليجعل حقه في قيمتها.

ووجهه المصنف، بأن فيه جمعاً بين الحقين، يعني حق البائع وحق الشفيع، حيث جعل لأحدهما العين وللآخر القيمة.

وضعفه ظاهر، إذ البائع لاحق له إذا قدّم الشفيع في العين عليه، وإنما الثمن من أموال المشتري، والبائع واحد من الغرماء، فيضرب معهم.

قوله: (وليس للمحرم الرجوع في الصيد).

أي: لو باع صيداً، ثم أحرم وافلس المشتري بالثمن، لم يكن للبائع الرجوع في الصيد، لامتناع دخوله في ملك المحرم، بل يضرب بالثمن.

وينبغي أن يقيد ذلك بالصيد الحاضر، أما النائي فانه لايمتنع دخوله في الملك، فينبغي أن لايمتنع رجوعه به.

وهذا الذي ذكره المصنف، مبني على أن الصيد الحاضر لايدخل في ملك المحرم، ويزول ملكه عنه بالاحرام، ولو قلنا ببقاء الملك وجب الارسال، فينبغي هنا ان يثبت له الرجوع، ثم يرسله بعده.

ولو انعكس الفرض، بأن كان المحرم هو المفلس انعكس الحكم، فيرجع به إن قلنا ببقائه على ملك المحرم، وإنما الواجب الارسال، لانتفاء المانع حينئذ، وإلّا ضرب بدينه.

والرجوع فسخ فلا يفتقر الى معرفة المبيع، ولا القدرة على التسليم، فلو رجع في الغائب بعد مضي مدة يتغير فيها، ثم وجده على حاله صح، وإن تغير فله الخيار، ولو رجع في العبد بعد اباقه صح، فإن قدر عليه وإلا تلف منه.

ولو ظهر تلفه قبل الرجوع ضرب بالثمن وبطل الرجوع،

قوله: (والرجوع فسخ، فلا يفتقر إلى معرفة المبيع، ولا القدرة على التسليم).

ولا غير ذلك من شروط البيع، وقد سبق في الاقالة حكاية قول لبعض أهل الخلاف أنها بيع، فهل يجيء هنا؟

يبعد ذلك، والفرق أنه لو كان الرجوع بيعا، لم يستحقه البائع إلّا برضى المفلس، وليس كذلك، لأنه قهري.

قوله: (لو رجع في الغائب بعد مضي مدة يتغير فيها، ثم وجده على حاله صح، وإن تغير فله الخيار).

لأنه إنما رجع فيه بناء على أنه باق على ما كان عليه، فيكون الرجوع متزلزلاً، فله إبطاله، وعند أحمد لا يصح الرجوع حينئذ، لفوات الشرط.

وهنا إشكال، وهو أن الرجوع فسخ، وهو رفع العقد، فكيف يتصور الرجوع فيه؟

قوله: (ولو رجع في العبد بعد إباقه، فان قدر عليه وإلّا تلف منه).

حيث أن الرجوع فسخ يصح، وإن كان المبيع عبداً قد أبق، وحينئذ فان قدر عليه فلا بحث، وإن لم يقدر عليه فهو تالف من مالكه، لكن يجب أن يقيد ذلك ببقاء العبد، فان تلف بموت ونحوه قبل القدرة عليه، فسيأتي حكمه.

قوله: (ولو ظهر تلفه قبل الرجوع، ضرب بالثمن وبطل الرجوع).

أي: لو ظهر موت العبد مثلاً قبل زمان رجوع البائع، فقد تبين بطلان

الأول: في أركانه، وهي خمسة:

الصيغة: وهي ضمنت، وتحملت، وتكفلت، وما أدى معناه.

ولو قال: أؤدي، أو أحضر لم يكن ضامناً.

ولا تكفي الكتابة مع القدرة، وتكفي مع عدمها مع الاشارة الدالة على الرضى؛ لامكان العبث.

وشرطه التنجيز، فلو علّقه بمجيء الشهر، أو شرط الخيار في

وفي حواشي الشهيد: إن الكفالة والحوالة لا يطلق عليها الضمان إلّا مضافاً، فيقال في الكفالة: ضمان النفس، وفي الحوالة: ضمان المال ممن عليه مثله، فيكون قوله: (بقول مطلق) مشيراً إلى ذلك.

وفيه نظر، فانه على هذا لايكون صدق الضمان عليها بطريق الحقيقة، وتعريف المصنف يقتضي الحقيقة، ومع ذلك فالحوالة لا تختص بمن عليه مثله، كما سيأتي في كلام المصنف إن شاء الله تعالى، والصواب ما ذكرناه، وهو الذي ذكره في التذكرة[1].

قوله: (ولاتكفي الكتابة مع القدرة).

لأن النطق معتبر في العقود اللازمة بالاجماع.

قوله: (وتكفي مع عدمها مع الاشارة الدالة على الرضى، لإمكان العبث).

أي: مع عدم القدرة لابدّ من الاشارة الدالة على رضاه بمضمون ما كتبه، لانتفاء دلالة الكتابة، إذ يمكن وقوعها عبثاً أو لغرض آخر.

قوله: (أو شرط الخيار).

مختاره هنا فساد الضمان باشتراط الخيار فيه، وظاهر الكتاب في البيع الصحة، وهو صريح التذكرة[2] هناك، وهو الأصح، للأصل ولانتفاء المانع.

---

(١) التذكرة ٢: ٨٥.

(٢) التذكرة ١: ٥٢٢.

الضمان فسد. والإبراء كالضمان في انتفاء التعليق فيه، ولو شرط تأجيل الحال صح، والأقرب جواز العكس

فان قيل: الضمان يتضمن إبراء ذمة المضمون عنه، والابراء لايدخله خيار الشرط.

قلنا: هو حكم من أحكام نقل المال، لا انه يتضمنه، فاذا تحقق النقل غير متزلزل تحققت البراءة، وإلا فلا.

قوله: (ولو شرط تأجيل الحال صح).

ظاهرهم أن صحة هذا بالاجماع، ويؤيده أن نقل المال الحال الى الذمة جائز، واشتراط الاجل في عقد لازم لامانع منه وإن كان أمراً زائداً.

قوله: (والاقرب جواز العكس).

وجه الاقرب: أن الأداء معجلاً جائز، فكذا الضمان، لأنه كالأداء، وقال الشيخ: لايصح، لأن الفرع لايكون أقوى من الاصل[1]، وفي هذا التوجيه ضعف، ولأن الضمان نقل المال على ما هوبه.

ولا يرد تأجيل الحال، لأن ذلك شرط زائد يستقل صاحب الحق باثباته في العقد اللازم، بخلاف الأجل الذي هو مشترك بين المضمون له والمضمون عنه، ولأن الحلول زيادة في الحق، ولهذا يختلف الاثمان به، وهذه الزيادة غيرواجبة على المديون ولاثابتة في ذمته، فيكون ضمان مالم يجب، فلايصح عندنا، وهذا التوجيه الاخير ذكره الشيخ فخرالدين ولد المصنف[2]، وحسنه في المختلف[3]، وهو المختار.

---

(١) قال السيد العاملي في مفتاح الكرمة ٥: ٣٥٣: (وقد نسب الخلاف في المختلف الى الشيخ في المبسوط أنه قال: لايصح لان الفرع لايكون أقوى من الأصل، ولم أجد ذلك فيه... ونسب الخلاف جماعة الى المفيد في المقنعة والشيخ في النهاية ولم أجد ذلك في المقنعة وليس في النهاية الاقوله: ولايصح ضمان مال ولانفس الا بأجل...). وللزيادة راجع عبارة المفتاح بأكملها.

(٢) ايضاح الفوائد ٢: ٨١-٨٢.

(٣) المختلف: ٤٣٢.

فيحل مع السؤال على اشكال.

الثاني: الضامن: وشرطه البلوغ، والرشد، وجواز التصرف، والملاءة حين الضمان أو علم المستحق بالاعسار. ولا يشترط استمرار الملاءة، فلو تجدد لم يكن له فسخ الضمان، أما لو لم يعلم كان له الفسخ.

قوله: (فيحل مع السؤال على إشكال).

هذا فرع على صحة ضمان المؤجل، وإنما يكون ذلك مع السؤال لا في التبرع، وتحرير المسألة: أنه إذا سأل المضمون عنه غيره أن يضمن ما عليه مؤجلاً حالاً، فضمنه كذلك، فهل يحل ما عليه بذلك؟ فيه إشكال، ينشأ من أن الضمان في حكم الاداء، ومتى أذن المديون لغيره في قضاء دينه معجلا فقضاه استحق مطالبته، ولأن الضمان بالسؤال موجب لاستحقاق الرجوع على وفق الاذن، ومن أن الاذن في الضمان حالا إنما يقتضي حلول ما في ذمة الضامن، ولايدل على حلول ما في ذمة المضمون عنه باحدى الدلالات.

ويمكن أن يقال: استحقاق الرجوع بما أداه بالاذن يقتضي الحلول.

والتحقيق: أنه إن كان الاذن في قضاء المؤجل في الحال موجباً لثبوت الرجوع كذلك، قوي حلول المؤجل بما ذكر.

واعلم أن الشارح ولد المصنف قال: إن موضع الاشكال ما إذا أذن في الضمان وأطلق، أما إذا أذن فيه حالا فلا إشكال في الحلول[1]، وليس بشيء، بل قد يقال: انه مع الاطلاق لا إشكال في عدم الحلول.

قوله: (وشرطه: البلوغ، والرشد).

يحترز بذلك عن الصبي، والمجنون، والمحجور بالسفه إذا لم يأذن له الولي.

قوله: (والملاءة حين الضمان، أو علم المستحق بالاعسار، ولا يشترط استمرار الملاءة، فلو تجدد لم يكن له فسخ الضمان، أما لو لم يعلم فان له الفسخ).

---

(١) ايضاح الفوائد ٢: ٨٢.

ويصح ضمان الزوجة بدون اذن الزوج، وفي صحة ضمان المملوك بدون اذن السيد اشكال، ينشأ: من أنه اثبات مال في الذمة بعقد فأشبه النكاح، وانتفاء الضرر على مولاه،

لا يخفى أن الشروط السابقة إنما تشترط حين الضمان، وإنما خص هذه بالتقييد لينبه على أنّ طروء الاعسار لا يثبت الفسخ، وإنما كان هذا موضع توهم ثبوت الفسخ دون غيره، لأن الضمان في معنى أداء الدين، والمقصود الأصلي منه الارتفاق بنقل الدين إلى ذمة الضامن، وإنما يكون ذلك إذا كان الأداء منه أيسر.

فلا جرم إذا فات هذا المقصود الذي إنما يبنى الضمان عليه، تخير المضمون له، لفوات المقصود منه، كما يتخير المشتري إذا ظهر في المبيع عيب أوغبن، حيث كان المقصود هو الصحة والأخذ بالقيمة أو أدون، إذ البيع مبني على المكايسة.

وهذا بخلاف ما إذا باع مؤجلاً فظهر الاعسار، إذ ليس مقصود البيع الأصلي بالنسبة إلى أداء الثمن كما في الضمان، وظاهرهم أن هذا الحكم موضع وفاق.

قوله: (ويصح ضمان الزوجة بدون إذن الزوج).

خلافاً لبعض العامة[1]، قيل: قد يفضي إلى تعطيل بعض حقوقه بنحو استحقاق الحبس، قلنا: هذا ليس من لوازمه، وإن كان قد يترتب عليه بمطل ونحوه، ولو كان هذا مانعاً لمنعت من جميع المعاوضات، لتطرق المحذور إليها.

قوله: (وفي صحة ضمان المملوك بدون إذن السيد إشكال، ينشأ من أنه إثبات مال في الذمة بعقد فأشبه النكاح، وانتفاء الضرر على مولاه).

توضيح الوجه الأول من وجهي الاشكال: أن النكاح ممنوع منه العبد،

---

(١) ذهب اليه مالك، انظر: المجموع ١٤: ١٠، الوجيز ١: ١٨٣، فتح العزيز ١٠: ٣٦١.

وبعده أمانة على اشكال.

ولو تنازعا في تعيين المبيع بعد الرجوع قدّم قول المفلس؛ لأنه منكر، فيضرب بالثمن خاصة

الرجوع، لعدم ما يرجع فيه، فحينئذ يضرب بالثمن.

قوله: (وبعده أمانة على إشكال).

أي: لو ظهر موت العبد الآبق بعد الرجوع من البائع وقد أفلس المشتري بالثمن، فهو قبل التلف أمانة في يد المشتري، فيكون تلفه من البائع على إشكال، ينشأ من أن المقتضي لكون العبد مضموناً على المشتري هو البيع، وقد زال بالفسخ وعاد الملك الى البائع، فيكون تلفه منه، ومن أن المشتري قبضه مضموناً، فيكون كذلك إلى أن يقبضه البائع، عملاً بالاستصحاب، ولعموم قوله عليه السلام: «على اليد ما اخذت حتى تؤدي»[1] وهذا أقوى.

قوله: (ولو تنازعا في تعيين المبيع بعد الرجوع قدم قول المفلس، لأنه منكر، فيضرب بالثمن خاصة).

أي: لو تنازع البائع والمفلس بعد تحقق الرجوع، مع الاتفاق على بقاء العين في تعيين المبيع، فالقول قول المفلس بيمينه في أن المبيع ليس هو ما عينه البائع، لأنه منكر والبائع مدع، فاذا حلف اندفعت دعواه، فيضرب بالثمن، لتعذر الوصول إلى العين.

ويشكل فرض المصنف، إن اراد بـ (الثمن) ماجرى عليه العقد ـ وهو المتبادر إلى الفهم ـ لأنه بعد الفسخ والرجوع كيف يبقى استحقاقه للثمن؟ فلابد لصحة هذا الفرض من حمل الثمن على القيمة إن اتفقا عليها، او ما يحلف عليه المفلس، أو فرض التنازع في التعيين قبل الرجوع والفسخ.

---

(١) سنن البيهقي ٦: ٩٥، سنن ابن ماجة ٢: ٨٠٢ حديث ٢٤٠٠، مسند أحمد ٥: ٨، ١٣، مستدرك الحاكم ٢: ٤٧، وفي هذه المصادر: حتىٰ تؤديه، سنن الترمذي ٢: ٣٦٨ حديث ١٢٨٤، مسند أحمد ٥: ١٢.

وكل ما يفعله قبل الحجر ماض.

المقصد الرابع: في الضمان:

وهو عقد شرع للتعهد بنفس، أو مال ممن عليه مثله أولا، فهنا فصول ثلاثة:

الأول: الضمان بالمال ممن ليس عليه شيء، ويسمى ضماناً بقول مطلق، وفيه مطلبان:

قوله: (وكل ما يفعله قبل الحجر ماض).

أي: ما يفعله المفلس قبل الحجر صحيح ماض، لأنه حينئذ كامل له أهلية التصرف.

قوله: (وهو عقد شرع للتعهد بنفس أو مال ممن عليه مثله أولا).

هذا التعريف شامل للضمان بالمعنى الاخص والحوالة والكفالة، ويجيء في قوله: (وهو عقد) ما سبق في البيع على القول بأنه العقد، فان الضمان هو التعهد لانفس الايجاب والقبول، وإنما الضمان أثرهما.

ويرد على هذا هنا وفي البيع، أن البيع والضمان وغيرهما قد يكون صحيحا، وقد يكون فاسداً، ونقل الملك لايكون إلا صحيحاً، وكذا التعهد.

ويجاب بأن النقل لايلزم أن يترتب عليه الانتقال، وكذا التعهد، فلا يترتب عليه أثره، والتعهد بالنفس هو الكفالة، وبالمال ممن ليس عليه مثله هو الضمان، إن شرطنا في الحوالة اشتغال ذمة المحال عليه، وإلّا فهو أحد القسمين، والقسم الآخر من الحوالة يتحقق بقوله: (ممن عليه مثله).

قوله: (ويسمى ضماناً بقول مطلق).

أي: غير محتاج إلى تقييده بكونه ضمان المال ممن ليس عليه مثله، فيكون الضمان واقعاً على معنيين، وهذا بخلاف الكفالة، فانها لاتطلق على ضمان المال إلّا بقيد، فيقال: كفالة بالمال.

فإن جوزناه يتبع به بعد العتق.

ولو أذن احتمل تعلقه بكسبه وبذمته، ويتبع به بعد العتق.

لأنه يتضمن إثبات مال في ذمته، وهذه العلة قائمة في الضمان.

وفيه ـ مع كونه قياساً باطلاً ـ منع كون المانع في النكاح هو إثبات المال في الذمة، وينقض بما إذا خلا العقد عن المهر، فان المنع من العقد ثابت مع انتفاء العلة.

وتوضيح الثاني: أن المانع هو تضرر المولى بتعطله عن خدمته، وذلك منتف، لأن استحقاق المطالبة بعد عتقه.

وضعفه ظاهر، لأن المانع هو كونه لا يقدر على شيء بنص القرآن العزيز[1]، وان ذمته مملوكة للمولى، فلا يملك إثبات شيء فيها بدون إذنه، وما ثبت قهراً من عوض إتلاف وجناية لا يقدح، لأن ذلك مبني على القهر بالنسبة إلى كل جان، وليس ذلك بالالتزام، والأصح عدم الصحة.

قوله: (فان جوزناه تبع به بعد العتق).

قطعا، لأن كسبه مملوك للمولى، ولا يملك التصرف في مال مولاه.

قوله: (ولو أذن احتمل تعلقه بكسبه، وبذمته، فيتبع به بعد العتق).

أي: لو أذن المولى للمملوك في الضمان وأطلق فلم يشترط الأداء من الكسب ونحوه، ولا الصبر إلى ان يعتق فيه احتمالان:

الأول: تعلق الحق بكسبه، لأن إطلاق الاذن في الضمان إنما يحمل على الضمان الذي يستعقب الأداء، فانه المعهود، والأداء من غير مال السيد ممتنع.

وهذا التوجيه إن تم يقتضي عدم القصر على الكسب، بل يقتضي وجوب الأداء على السيد، وهو قريب من قول ابن الجنيد[2]، ولا يخلو من قرب.

---

(١) سورة النحل: ٧٥.

(٢) نقله عنه العلامة في المختلف: ٤٣١، وفخر المحققين في ايضاح الفوائد ٢: ٨٣.

أما لو شرطه في الضمان بإذن السيد صح، كما لو شرط الأداء من مال بعينه.

والسفيه بعد الحجر كالمملوك ، وقبله كالحر. وكذا المفلّس كالحر لكن لا يشارك .

الثاني: تعلقه بذمته، فيتبع به، لأن الاذن في الضمان أعم من كل منها، والعام لا يدل على معين.

قوله: (أما لو شرطه في الضمان باذن السيد صح، كما لو شرط الأداء من مال بعينه).

في صحته نظر، لأن ذمة العبد مملوكة للسيد، فكيف يثبت فيها مال باختيار العبد والسيد، ولا يكون على السيد مع كونه لا يقدر على شيء؟ ولا ينتقض بعوض الاتلاف، لأنه قهري لا بقدرته، وليس هو كما لو شرط الأداء من مال بعينه، لأن ذلك من جملة أموال السيد، ومال العبد بعد العتق ليس من جملة أمواله.

قوله: (والسفيه بعد الحجر كالمملوك وقبله كالحر).

هذا بناء على أن الحجر عليه لا يثبت بمجرد السفه، وهو مختار المصنف، وقد سبق في الحجر، وإنما كان بعد الحجر كالمملوك ، لأنه ممنوع من التصرفات المالية، فيمكن القول بالبطلان لذلك والصحة، ويتبع به بعد فك الحجر.

والأصح الأول، لأن الحجر مانع من إثبات مال في ذمته، ومن ثم لا يصح بيعه على أن يؤدي الثمن بعد الفك، ولو أذن الولي صح.

قوله: (وكذا المفلس كالحر، لكن لا يشارك).

يصح ضمان المفلس كما يصح ضمان غيره، لأنه إنما يمنع من التصرف في الأموال الموجودة عند الحجر، لا من إثبات مال في الذمة، ومن ثم لا يشارك المضمون له الغرماء، وفي العبارة مناقشتان:

احداهما: أن قوله: (وكذا) مستدرك ، بل لولا قوله: (كالحر) لاقتضى

ولا يصح من الصبي وإن أذن الولي، فإن اختلفا قدّم قول الضامن؛ لأصالة براءة الذمة، وعدم البلوغ.

وليس لمدعي الأهلية أصل يستند اليه، ولا ظاهر يرجع اليه،

المساواة في الحكم بينها، وهو فاسد.

الثانية: ان قوله: (لا يشارك) إن قرئ بصيغة البناء للفاعل وللمفعول، لم يكن لضميره مرجعاً، ولم يصح نظم العبارة، ويمكن جعله مصدراً ولا جنسية.

قوله: (ولا يصح من الصبي، وإن أذن الولي).

لأن عبارته مسلوبة الاعتبار، فلا يؤثر فيها إذن الولي، ولا فرق بين المميز وغيره، وإن جوزنا بيعه بالاذن، لأن الضمان التزام مال لا فائدة له فيه، وإنما يؤثر إذن الولي فيما يضمن مصلحة الصبي.

مركز تحقيقات كامپيوتري علوم اسلامي

قوله: (فان اختلفا قدّم قول الضامن، لأصالة براءة الذمة وعدم البلوغ، وليس لمدعي الأهلية أصل يستند إليه ولا ظاهر يرجع إليه).

أي: فان اختلف الضامن والمضمون له في وقوع الضمان من الضامن حال الصبا أو حال الكمال ـ ويرشد إلى مرجع الضمير في (اختلفا)، والمحذوف الذي هو المختلف فيه المقام ـ قدّم قول الضامن في أنه كان صبياً وقت الضمان، لأن الأصل براءة الذمة، فيستصحب، وكذا الأصل عدم البلوغ.

وليس لمدعي أهليته للضمان حين وقوعه ـ وهو المضمون له ـ أصل يستند إليه، ولا ظاهر يرجع إليه يكون معارضا للاصلين السابقين.

فان قيل: له أصالة الصحة في العقود، وظاهر حال العاقد الآخر أنه لا يتصرف باطلاً.

قلنا: الأصل في العقود الصحة بعد استكمال أركانها، ليتحقق وجود العقد، أما قبله فلا وجود للعقد، فلو اختلفا في كون المعقود عليه هو الحر أم العبد حلف منكر وقوع العقد على العبد، وكذا الظاهر إنما يثبت مع الاستكمال المذكور لا مطلقاً.

بخلاف ما لو ادعى شرطاً فاسداً؛ لأن الظاهر أنهما لا يتصرفان باطلاً، وكذا البحث فيمن عرف له حالة جنون، أما غيره فلا، والمكاتب كالعبد والمريض يمضي من الثلث، والأخرس إن عرف اشارته صح ضمانه، وإلا فلا.

واعترف شيخنا الشهيد في حواشيه بوجود أصالة الصحة في العقود، لكن بمعارضة أصالة الصبا يتساقطان، ويبقى أصل البراءة سليماً عن المعارض، فكأنه لا أصل له، وبأن وقوع العقد من بالغ مع صبي خلاف الظاهر. وما ذكرناه أثبت.

قوله: (بخلاف ما لو ادعى شرطاً فاسداً، لأن الظاهر انهما لا يتصرفان باطلا).

حيث كان المتعاقدان كاملين، تحقق الظاهر المذكور، وأصالة صحة العقود.

قوله: (وكذا البحث فيمن عرف له حالة جنون).

أي: ما سبق في الاختلاف في وقوع الضمان حالة الصبا أو البلوغ، آت فيمن عرف له حالة جنون بعين ما ذكر، لكن لو حصل الاختلاف في وقوع العقد في يوم الجمعة وكان فيه كاملاً، أو في يوم الخميس قبله وكان باتفاقهما صبياً أو مجنوناً، فهل هو كما سبق، أم يحتمل هنا التمسك بأصالة عدم التقدم؟ كل ممكن.

قوله: (اما غيره فلا).

أي: أما غير من عرف له حالة جنون فليس كذلك، لانتفاء ما يستند إليه في عدم كمال المتعاقدين.

قوله: (والمكاتب كالعبد).

لأنه محجور عليه في تصرفاته، كما سيأتي ان شاء الله تعالى.

قوله: (والمريض يمضي من الثلث).

لاشك في صحة ضمان المريض، سواء كان مرض الموت أم لا، فان لم يكن مرض الموت، أو عوفي من مرضه صح الضمان، وإلّا نفذ من الثلث، لأن

الثالث: المضمون عنه: وهو الأصيل، ولا يعتبر رضاه في صحة الضمان؛ لأنه كالأداء فيصح ضمان المتبرع. ولو أنكر بعد الضمان لم يبطل على رأي، ويصح الضمان عن الميت وإن كان مفلّساً.

منجزات المريض المتبرع بها، من الثلث عند المصنف، ولو قيل: بأنها من الاصل نفذ منه.

قوله: (ولا يعتبر رضاه في صحة الضمان، لأنه كالأداء).

لما كان الضمان كأداء الدين ولا يعتبر فيه رضى المديون، لم يعتبر في الضمان رضاه أيضاً، وهذا الحكم بالاجماع، ويدل عليه ضمان أميرالمؤمنين عليه السلام ما في ذمة الميت ليصلي عليه النبي صلى الله عليه وآله[١].

قوله: (فيصح ضمان المتبرع، ولو أنكر بعد الضمان لم يبطل على رأي).

المراد بـ (المتبرع): من لم يأذن له المضمون عنه في الضمان، فاذا ضمن ثم علم المضمون عنه وأنكر الضمان ـ أي: لم يرض به ـ لم يبطل على أصح القولين، لانتفاء المقتضي للبطلان، وقال الشيخ[٢] وجماعة[٣]: يبطل، وهو ضعيف.

قوله: (ويصح الضمان عن الميت وإن كان مفلساً).

لما روي من ضمان أميرالمؤمنين عليه السلام[٤]، وقال أبوحنيفة: لا يصح الضمان عن الميت إذا لم يخلف وفاء، لأن الموت مع عدم الوفاء يسقط المطالبة بالحق[٥]، وبطلانه ظاهر، إذ لا يسقط بذلك ما في الذمة.

---

(١) سنن الدارقطني ٣: ٧٨ حديث ٢٩١-٢٩٢.

(٢) النهاية: ٣١٤.

(٣) منهم: المفيد في المقنعة: ١٣٠، وابن حمزة في الوسيلة: ٣٢٧.

(٤) سنن الدارقطني ٣: ٧٨ حديث ٢٩١-٢٩٢.

(٥) المجموع ١٤: ٨، فتح العزيز ١٠: ٣٥٨، الوجيز ١: ١٨٣.

ولا يشترط معرفة المضمون عنه، نعم لابد من امتيازه عن غيره عند الضامن بما يمكن القصد معه الى الضمان عنه.

الرابع: المضمون له: وهو مستحق الدين، ولا يشترط علمه عند الضامن بل رضاه.

وفي اشتراط قبوله احتمال،

قوله: (ولايشترط معرفة المضمون عنه، نعم لابد من امتيازه عن غيره عند الضامن بما يمكن القصد معه إلى الضمان عنه).

أما أنه لايشترط معرفته، فلان الواجب بالضمان أداء الدين عن المضمون عنه، وليس فيه ما يقتضي معرفته، قال في التذكرة: وهل يشترط معرفة ما يميزه عن غيره؟ الأقرب العدم، بل لو قال: ضمنت لك الدين الذي لك على من كان من الناس، جاز على إشكال، نعم لابد من معرفة المضمون عنه بوصف يميزه عند الضامن بما يمكن القصد معه الى الضمان عنه[١].

قوله: (ولايشترط علمه عند الضامن، بل رضاه).

يدل عليه ضمان علي عليه‌السلام[٢]، ولأن المقصود أداء الحق، وهو لايقتضي معرفته، ويحتمل اشتراطه، لتفاوت الناس في المعاملة والاقتضاء والاستيفاء تشديداً وتسهيلا، واختلاف الأغراض في ذلك، واستشكله في التذكرة[٣]، والأكثر على عدم الاشتراط[٤]، وهو الاصح، نعم لابد من تميزه عند الضامن.

قوله: (وفي اشتراط قبوله احتمال).

---

(١) التذكرة ٢: ٨٨.

(٢) سنن الدارقطني ٣: ٧٨ حديث ٢٩١-٢٩٢.

(٣) التذكرة ٢: ٨٨.

(٤) منهم: الشيخ في الخلاف ٢: ٧٨ مسألة ١ كتاب الضمان، وابن زهرة في الغنية: ٥٣٣، والمحقق في شرائع الاسلام ٢: ١٠٨.

فإن شرط اعتبر فيه التواصل المعهود بين الايجاب والقبول في العقود.

الخامس: الحق المضمون به، وشرطه المالية، والثبوت في الذمة وإن كان متزلزلاً كالثمن في مدة الخيار، والمهر قبل الدخول، أو لم يكن لازماً لكن يؤول اليه كمال الجعالة قبل الفعل، ومال السبق والرماية.

ينشأ من واقعة علي عليه السلام[1]، والتمسك بالأصل، والأصح الاشتراط، لأن الضمان عقد إجماعاً، فلابد فيه من القبول، ولأن المال للمضمون له، فكيف يملك شخص نقله الى ذمته بغير رضاه؟ وقضية علي عليه السلام واقعة في عين لاعموم لها، ولاأصل في هذا، بل الأصل عدم شرعيته إلى أن يثبت.

قوله: (فان شرط، اعتبر فيه التواصل المعهود بين الإيجاب والقبول في العقود).

لأنه عقد، فلابد من رعاية ما يشترط في سائر العقود، وهو الأصح، وضابط التواصل ما لايخرج به القبول عن كونه قبولاً لذلك الايجاب عرفاً، ولابد من الموالاة بحيث لايتخلل كلام أجنبي، ويعتبر وقوعه بلفظ العربية.

قوله: (أو لم يكن لازما لكن يؤول اليه، كمال الجعالة قبل الفعل، ومال السبق والرماية).

الجعالة ـ بفتح الجيم ويكسر ـ مبنية على الجواز لكن تؤول إلى اللزوم بعد العمل، وقد اطلق المصنف هنا جواز ضمانه قبل الفعل، وقال في التذكرة ما محصله: أنه إن ضمن قبل الشروع في العمل لم يصح، لأنه ضمان ما لم يجب، وإن ضمن بعد فراغ العمل واستحقاقه للمال صح قطعاً، وإن ضمن بعد الشروع في العمل وقبل إتمامه، فالأقرب جواز الضمان، لوجود سبب الوجوب، ولانتهاء الامر فيه إلى اللزوم، كالثمن في مدة الخيار[2].

---

(١) سنن الدارقطني ٣: ٧٨ حديث ٢٩١-٢٩٢.

(٢) التذكرة ٢: ٩٠.

والأقرب صحة ضمان مال الكتابة وإن كانت مشروطة،ويصح ضمان النفقة الماضية والحاضرة للزوجة لا المستقبلة، والحاضرة للقريب دونها.

وفي هذا القسم الأخير نظر، لانتفاء الثبوت، واللزوم فيا بقي من الجعل الذي لم يأت بمقابله من العمل، والفرق بينه وبين الثمن في مدة الخيار ظاهر، لأن الثمن حينئذ ثابت، غاية ما في الباب أنه متزلزل، بخلاف الجعل، فانه لاثبوت له أصلا، والمتجه عدم الجواز قبل الفعل.

وأما مال السبق والرماية، فان ألحقناه بمال الجعالة في عدم الثبوت بدون العمل لكون عقده جائزاً، فكما في الجعالة، وإن ألحقناه بالاجارة وحكمنا بلزوم العقد ـ وهو الأصح على ما سيأتي ان شاء الله تعالى ـ فانه يجوز.

واعلم أنه لو قال المصنف: أو لم يكن ثابتا لكن يؤول إليه، لكان أوجه، لأن عدوله إلى نفي اللزوم الذي هو أعم يوهم أن الثبوت حاصل.

قوله: (والأقرب صحة ضمان مال الكتابة وإن كانت مشروطة).

هذا هو الأصح، لأنه مال ثابت في الذمة بعقد لازم، ومنعه الشيخ[١]، لأن للعبد تعجيز نفسه، وفيه نظر، للمنع من أن له ذلك، بل يجب عليه القيام بالمال، لأنه صار دينا عليه، ولو سلّم فاقصى ما فيه ان يكون ثبوت المال في ذمته متزلزلاً.

قوله: (ويصح ضمان النفقة الماضية والحاضرة للزوجة لا المستقبلة).

نفقة الزوجة ـ لأنها كالعوض عن التمكين ـ دين ، فيصح ضمان الماضية والحاضرة منها، لا المستقبلة، لكونها لم تثبت بعد.

قوله: (والحاضرة للقريب دونها).

أي: دون الماضية والمستقبلة، أما المستقبلة فظاهر، وأما الماضية، فلأن

---

(١) المبسوط ٢: ٣٣٦.

ولو ضمن ما سيلزمه ببيع أو قرض بعده لم يصح، ولا ضمان الأمانة كالوديعة والمضاربة.

ويصح ضمان أرش الجناية وإن كان حيواناً، ومال السلم والأعيان المضمونة كالغصب، والعارية المضمونة والامانة مع التعدي على اشكال،

نفقة القريب على جهة المساواة لا في مقابل شيء، فتسقط بالفوات.

قوله: (ولا ضمان الأمانة كالوديعة والمضاربة).

سواء ضمن الأعيان مطلقاً، أو ضمنها على تقدير التلف مضمونة، لانتفاء ثبوت شيء في الذمة الآن، إذ ليست مضمونة.

قوله: (ويصح ضمان أرش الجناية وإن كان حيواناً).

أي: وإن كان الأرش حيواناً، كأرش الجزء من الابل، لأنه مال ثابت في الذمة، ومنع بعض الشافعية[1] من ضمان إبل الدية لجهالتها.

قوله: (ومال السلم).

لأنه مال ثابت.

قوله: (والأعيان المضمونة، كالغصب، والعارية المضمونة، والأمانة مع التعدي على إشكال).

أي: يصح ضمان كلّ من هذه على إشكال، ينشأ من أن ضمانها ثابت في الذمة، ولوجود سبب ضمان القيمة، ومن عدم ثبوت المضمون في الذمة، لأنها إنما تثبت مع التلف، ومع بقائها فالواجب هو رد العين.

وفي التذكرة[2] صور المصنف لضمانها صورتين:

أ: ان يضمن رد أعيانها، وجوّزه، لأنه ضمان مال مضمون على المضمون عنه.

---

(١) المجموع ١٤: ١٨، فتح العزيز ١٠: ٣٧١، وفيها: ان في ضمان ابل الدية قولان أو وجهان.

(٢) التذكرة ٢: ٩٠.

وضمان العهدة للبائع عن المشتري بأن يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه، وضمان عهدته إن ظهر عيب أو استحق،

ويشكل بأنه ليس ثابتاً في الذمة، وانما الثابت في الذمة هو وجوب ردّها، وليس بمال.

ب: أن يضمن قيمتها على تقدير التلف، وقوّى صحته، لأن ذلك ثابت في ذمة الغاصب، فصح الضمان.

ويضعّف بأن الثابت في الذمة هو كونها بحيث لو تلفت ثبت في ذمة الغاصب قيمتها، والقيمة إنما تثبت بعد التلف، فضمانها قبله ضمان ما لم يجب.

وأيضاً فان كونه بحيث لو تلفت ضمنها، حكم شرعي تابع لوصف الغصب والاستعارة والتعدي في الأمانة، وهذا لايمكن نقله بالضمان، لأن الذي ينقل بالضمان هو الحق لا الحكم الشرعي، فعدم صحة الضمان قوي.

قوله: (وضمان العهدة للبائع عن المشتري، بأن يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه).

أي: ويصح ضمان العهدة، وفي حواشي الشهيد: أن العهدة إسم للوثيقة، ثم نقل إلى الثمن وغلب، ولا شبهة في صحة ضمان الثمن عن المشتري للبائع إذا كان ديناً، أما إذا كان عيناً، فهو من جملة الأعيان المضمونة، ولعل تجويز ضمانه لعموم البلوى، ودعاء الحاجة اليه، وإطباق الناس على ضمان العهدة.

قوله: (وضمان عهدته إن ظهر عيب أو استحق).

أي: ويصح ضمان عهدة الثمن، أي: دركه على تقدير ظهور عيب فيه أو ظهور استحقاقه، والمراد: ضمان عهدته عن المشتري للبائع، لأن الأرش على تقدير ظهور عيب فيه حقّ ثابت حين الضمان وإن كان متزلزلا، لجواز الفسخ قبل التصرف.

والبدل واجب على تقدير الاستحقاق إذا لم يجر العقد على عينه، ولا يضر كونه غير معلوم الثبوت حين الضمان، للضرورة وانكشاف ثبوته بعد.

وللمشتري ـ عن البائع بأن يضمن عن البائع الثمن بعد قبضه متى خرج مستحقاً، أو رد بعيب على اشكال،

قوله: (وللمشتري عن البائع، بأن يضمن عن البائع الثمن متى خرج مستحقاً، أو ردّ بعيب على إشكال).

أي: ويصح ضمان عهدة الثمن للمشتري عن البائع ـ إذا كان قد قبضه البائع، كما صرح به في التذكرة[1] ـ على تقدير خروج المبيع مستحقاً، لأنه حينئذ مقبوض بيد البائع بغير استحقاق، ورده على المشتري حق ثابت، فيصح ضمانه.

وأما إذا ردّ المبيع بعيب ففيه إشكال، ينشأ من أن الثمن إنما وجب حينئذ بالفسخ، فيكون ضمانه ضمان ما لم يجب، ومن تقدم سبب الفسخ ودعاء الحاجة اليه، هذا هو المتبادر من العبارة.

ويرد عليه أنه سيأتي في العبارة بعد سطر أن الأقرب أنه لايصح ضمان عهدة الثمن لو خرج معيباً ورد بالعيب.

وحاول بعضهم الفرق، بأن المراد هنا أنه إذا ضمن عهدة الثمن للمشتري عن البائع طولب به إذا خرج المبيع مستحقاً قطعاً، نظراً إلى أن ضمان عهدة الثمن معناه ضمان دركه، وأما المطالبة به على تقدير الرد بالعيب، نظراً إلى تناول ضمان عهدة الثمن لهذا القسم، ففيه إشكال، فيكون هذا الاشكال في تناول اللفظ لهذا القسم.

وقد قال الشيخ: انه إذا ضمن عهدة الثمن، فخرج بعض المبيع مستحقاً، ففسخ المشتري لتبعض الصفقة طالب الضامن بالثمن كله[2]، لكن عبارة المصنف تأبى هذا الحمل.

ومع ذلك فالاشكال في وجوب الثمن على الضامن هنا إنما يتأتى على تقدير اللزوم لو صرح بضمانه، إذا خرج عيب وردّ به، والمصنف لايقول به كما

---

(١) التذكرة ٢: ٩١.

(٢) المبسوط ٢: ٣٢٨.

أو أرش العيب.

ويصح ضمان نقصان الصنجة في الثمن للبائع، وفي السلعة للمشتري، ورداءة الجنس في الثمن والمثمن.

والأقرب أنه لا يصح ضمان عهدة الثمن لو خرج المبيع معيباً ورده،

سيأتي، وأيضاً فسيأتي في كلام المصنف بعد صفحة رد كلام الشيخ هذا.

قوله: (أو أرش العيب).

أي: ويصح ضمان العهدة للمشتري بالنسبة إلى أرش عيب المبيع، فانه جزء من الثمن ثابت حين الضمان، وإن لم يكن معلوماً حينئذ، فيكون ضمانه مندرجاً في ضمان عهدة الثمن.

قوله: (ويصح ضمان نقصان الصنجة في الثمن للبائع وفي السلعة للمشتري، ورداءة الجنس في الثمن والمثمن).

الصنجة بفتح الصاد، وبالسين أفصح، قال في القاموس: سنجة الميزان[1]. وإنما صح ضمان ذلك، لأنه على تقدير ظهور النقصان أو العيب، يتبين ثبوت الحق للمضمون له في ذمة المضمون عنه حين الضمان، وإن لم يكن معلوما حينئذ فصح، لدعاء الضرورة إليه.

قوله: (والأقرب أنه لا يصح ضمان عهدة الثمن لو خرج المبيع معيباً ورده).

أي: رده البائع بالعيب، لأن الثمن إنما يجب ردّه في هذه الحالة إذا ردّ المبيع، وإلّا فالواجب الأرش، ووجه القرب أنه ضمان ما لم يجب، لأن الثمن قبل الفسخ حق للبائع، فلا يصح ضمانه للمشتري، ويحتمل الصحة، للضرورة، ووجود سبب وجوبه، وهو العيب المجوز للفسخ، والأقرب قريب.

---

(١) القاموس المحيط (سنج) ١: ١٩٥.

والصحة لو بان فساده بغير الاستحقاق، كفوات شرط معتبر في البيع، أو اقتران شرط فاسد به، والأقوى صحة ضمان المجهول كما في ذمته،

قوله: (والصحة لوبان فساده بغير الاستحقاق، كفوات شرط معتبر في البيع أو اقتران شرط فاسد به).

أي: والأقرب الصحة في هذه الحالة، ووجه القرب أن الحق ثابت في وقت الضمان وإن لم يكن معلوماً، لانكشافه بعد ذلك، فلا يكون ضمان ما لم يجب، ويحتمل عدم الصحة، لأن المضمون لي ثابتاً في الذمة، لأنه عين موجودة.

غاية ما في الباب أنها مضمونة على تقدير التلف، فيكون كضمان الأعيان المضمونة، وقد سبق ما فيه، بل ابعد، لأنه في وقت الضمان غير معلوم الثبوت، لأنه إنما يضمن على تقدير انكشاف الثبوت.

وقد جوز الأصحاب ضمان العهدة على تقدير الاستحقاق، لمسيس الحاجة، فلا يتعدى، وليس ببعيد الجواز لدعاء الضرورة إلى ذلك، ولمشاركته الاستحقاق في المعنى، ولأن الاطلاع على صحة العقد وفساده مما قد يتعذر في الوقت، فيكون في ذلك مندوحة عن الضرر.

قوله: (والأقوى صحة ضمان المجهول كما في ذمته).

هذا قول الشيخ[1]، وأكثر الأصحاب[2]، للأصل، ولقوله عليه السلام: «الزعيم غارم»[3] وهو مطلق، ولأن الضمان عقد لا ينافيه الغرر، وللشيخ[4] قول آخر بعدم الجواز لاختلاف الاحوال بقلة الحق المضمون وكثرته، والأول أقوى.

وإنما يصح في صورة يمكن العلم فيها بعد ذلك، كقوله: أنا ضامن للدين

---

(١) النهاية: ٣١٥.

(٢) منهم: المفيد في المقنعة: ١٣٠، وابن زهرة في الغنية: ٥٣٣، وسلار في المراسم: ٢٠٠، والمحقق في شرائع الاسلام ٢: ١٠٩.

(٣) سنن ابن ماجة ٢: ٨٠٤ حديث ٢٤٠٥، مسند أحمد ٥: ٢٦٧.

(٤) الخلاف ٢: ٨٠ مسألة ١٣ كتاب الضمان، والمبسوط ٢: ٣٣٥.

فيلزمه ما تقوم البينة على ثبوته وقت الضمان، لا ما يتجدد، ولا ما يوجد في دفتر وكتاب،أو يقر به المضمون عنه، أو يحلف عليه المالك برد اليمين من المديون.

الذي لك عليه، أما ما لايمكن فيه العلم، كضمنت لك شيئاً مما في ذمته، فلا يصح قولاً واحداً، لعدم إمكان العلم به، لصدق الشيء على القليل والكثير، وإلى هذا أشار المصنف بقوله: (كما في ذمته) أي: كضمان ما في ذمته.

فان قيل: لم لايصح ويلزمه أقل ما يقع عليه اسم الشيء مما في ذمته؟

قلنا: ليس هذا الفرد هو المضمون، لانتفاء ما نعيته، والواجب هو المضمون، ووجوب شيء فرع صحة الضمان.

قوله: (فيلزمه ما تقوم البينة على ثبوته وقت الضمان).

أي: حيث كان ضمان المجهول على الوجه المذكور صحيحاً، فاللازم ما يثبت بالبينة وجوبه وقت الضمان، لأنه الذي في الذمة حينئذ.

قوله: (لاما يتجدد، ولا مايوجد في دفتر وكتاب،أو يقر به المضمون عنه).

لان المتجدد غير ثابت حين الضمان، والموجود في دفتر وكتاب غير ثابت شرعاً، وإقرار المضمون عنه لاينفذ على الضامن.

قوله: (أو يحلف عليه المالك برد اليمين من المديون).

هذا أحد القولين للأصحاب، فان الشيخ[1] وابن البراج[2] قيدا اللزوم باليمين المردودة، بما إذا كان الرد برضى الضامن، وقال المفيد بلزوم ما يحلف عليه المضمون له[3]، وفي المختلف: إن جعلنا اليمين المردودة كالبينة، لزم الضامن ما يحلف عليه المضمون له، وإن جعلناها كاقرار المنكر لم يلزمه، إلّا أن يكون

---

(١) النهاية: ٣١٦.

(٢) نقله عنه العلامة في المختلف: ٤٣٠.

(٣) المقنعة: ١٣٠.

ولو ضمن ما تقوم به البينة لم يصح؛ لعدم العلم بثبوته حينئذ، ولا ضمنت شيئاً مما لك عليه ويصح الابراء من المجهول.

الحلف برضى الضامن[1].

والتحقيق: أن الرضى لا أثر له، إنما المؤثر وقوع الرد منه، ولعلهم أرادوا بالرضى ذلك، وتقييد المصنف عدم اللزوم بحلف المضمون له بكون[2] الرد من المديون يعطي هذا، فانه متى كان الرد من الضامن، أو منه ومن المضمون عنه، لزم ما يحلف عليه، لأن كونها كالبينة إنما هو في حق راد اليمين، لأنها اذا كانت كالاقرار ـ وهو أضعف الاحتمالين في إثبات الحق هنا ـ يكون كاقرار الضامن.

وسيأتي ان شاء الله تعالى تحقيق كونها كالبينة أو كالاقرار في كتاب القضاء.

قوله: (ولو ضمن ما تقوم به البينة لم يصح، لعدم العلم بثبوته حينئذ).

لو قال: لعدم دلالة عقد الضمان على ضمان ما في الذمة حينئذ لكان أولى، وتخرج العبارة على أن المراد لعدم العلم بثبوته من صيغة الضمان، إلى آخره.

قوله: (ويصح الابراء من المجهول).

لأنه مبني على الغبن، إذ هو إسقاط للحق، نعم لابد من قصده إلى الابراء من المجموع، قليلاً كان أو كثيراً، فلو ظن قلته فبان كثيراً لم يقع، وعلى هذا لو عرف من عليه الحق قدره عرفه صاحبه، فان لم يفعل وأبراه منه كائناً ما كان، فانه يبرأ، وإلا ففيه تردد.

وفي التذكرة[3]: لو طلب منه الابراء لأنه اغتابه، ولم يذكر ما اغتابه به،

---

(١) المختلف: ٤٣٠.

(٢) في «م» و«ق»: يكون، والمثبت من مفتاح الكرامة ٥: ٣٧٨، وهو الصحيح.

(٣) التذكرة ٢: ٩١.

ولو قال: ضمنت من واحد الى عشرة احتمل لزوم العشرة، وثمانية، وتسعة باعتبار الطرفين.

المطلب الثاني: في الأحكام:

الضمان ناقل وإن لم يرض المديون، فلو أبرأه المستحق بعده لم يبرأ الضامن، ولو أبرأ الضامن برئا معاً، ولو ضمن الحال مؤجلاً تأجل.

وليس للضامن مطالبة المديون قبل الأداء،

ذكر وجهين للشافعية في الصحة وعدمها، ولم يرجح شيئاً.

قوله: (ولو قال: ضمنت من واحد إلى عشرة، احتمل لزوم العشرة وثمانية وتسعة، باعتبار الطرفين).

هذه مخرّجة على الخلاف الاصولي في أن الغاية داخلة في المغيى أم لا، فان فيه أقوالاً: دخول الابتداء والانتهاء، وعدم دخولها، والفرق فيدخل الابتداء، والتفصيل بكونها مميزة بمفصل محسوس فلا يدخل، أولا ـ كمن طرف الخشبة إلى طرفها ـ فيدخل.

ودخول الابتداء لا يخلو من قرب، لأن ابتداء الشيء من جملته، ولأن الاستعمال الكثير جار على ذلك، فان اخذت من واحد الى عشرة واعطيت من واحد إلى عشرة ونحوهما، جاز على أن الواحد داخل في المأخوذ والمعطى، ويجيء مثله في الاقرار ان شاء الله تعالى.

قوله: (ولو أبرأ الضامن برئا معاً).

لأن الضامن إنما يرجع على المضمون عنه بما أداه، ومع الابراء لم يؤد شيئاً.

قوله: (ولو ضمن الحال مؤجلاً تأجل).

بالنسبة إلى الضامن وفاء بالعقد الصحيح، وقد سبق بيان صحته.

قوله: (وليس للضامن مطالبة المضمون عنه قبل الأداء).

لأنه وإن كان الحق حالاً على المديون ـ لعدم ما يقتضي تأجيله ، لأن

فإن مات الضامن حل، ولورثته مطالبة المضمون عنه قبل الأجل، ولو كان الأصل مؤجلاً لم يكن له ذلك.

ولو مات الأصيل حينئذ خاصة حجر الحاكم من التركة بقدر الدين، فإن تلف فمن الوارث كما أن النماء له،

المؤجل هو الدين الذي ثبت بالضمان، لا الذي في ذمة الأصيل- إلّا أن الضامن لا يستحق الرجوع حيث ثبت له، إلا بعد الأداء.

قوله: (فان مات الضامن حل، ولورثته مطالبة المضمون عنه قبل الأجل).

إذا مات الضامن في هذه الحالة حل دينه، فلا مانع من المطالبة للمضمون عنه حينئذ، لان الدين الذي عليه حال كما قررناه، لكن لابد في جواز المطالبة من الورثة للأصيل من الاداء، أو مطالبة المضمون له إياهم على احتمال سيأتي، ومثله ما لو تراضى الضامن والمضمون عنه على إسقاط الأجل.

قوله: (ولو كان الأصل مؤجلاً، لم يكن لهم ذلك).

لأن الحلول على الضامن لا يستدعي الحلول على الأصيل، وقبل الحلول لا تحل المطالبة، ومثله لو ضمن المؤجل حالاً على القول بصحته.

قوله: (ولو مات الأصيل حينئذ خاصة، حجر الحاكم من التركة بقدر الدين).

أي: منع الوارث من التصرف فيه، حذراً من ضياع ما يؤديه الضامن بعد الحلول عليه، وانما جاز ذلك لأن هذا القدر من التركة يستحق بالدين الذي في ذمة الأصيل، غاية ما في الباب أنه ليس للضامن أخذه إلّا بعد الأداء المتوقف على الحلول.

قوله: (فان تلف فمن الوارث، كما أن النماء له).

لأنه باق على ملك الوارث، فان الدين لا يملك إلّا بعد القبض، والتركة مع الدين على ملك الوارث كما سبق، فعلى هذا يجب الأداء من باقي التركة وإن

ثم الضامن إن تبرع لم يرجع على المديون، وإن أذن له في الأداء، وإلّا رجع بالأقل من الحق وما اداه وإن أُبرئ.

ولو أبرأ من الجميع فلا رجوع، وإن لم يأذن له في الأداء.

تصرف فيها الوارث.

قوله: (ثم الضامن إن تبرع لم يرجع على المديون وإن أذن له في الأداء).

أشار بقوله: (ثم) إلى انفصال هذا عما قبله، فان هذا الحكم شامل لمسائل الباب، ولا يخفى أن الأقسام بالنسبة إلى كون الضمان والأداء معاً باذن المديون، أو أحدهما خاصة، أو انتفاء الاذن عنهما معا اربعة، فذكر هنا حكم قسمين: تبرع الضامن بالضمان والاداء معا، وتبرعه بالضمان مع إذن المديون في الأداء، والحكم عدم الرجوع فيهما عند علمائنا، ذكره في التذكرة[1]، وإنما قلنا أنه ذكر قسمين، لأن جملة الوصلية تقتضي عدم الاذن في الأداء مع التبرع في الضمان المذكور في العبارة.

قوله: (وإلّا رجع بالأقل من الحق وما أداه وإن أُبرئ، ولو أبرأ من الجميع فلا رجوع وإن لم يأذن له في الأداء).

أي: وإن لم يتبرع بالضمان رجع على الاصيل بأقل الامرين من الحق المضمون وما أداه، أما إذا كان الحق أقل، فلأن الواجب أداؤه من غير زيادة، فالزيادة تبرع.

وأما إذا كان ما أداه أقل من الحق، فلأن الضامن إنما يرجع بعد الأداء، فلا يرجع بما لم يؤده، ولا فرق في عدم رجوعه بزيادة الحق عما ادى بين أن يكون قد أُبرئ من الزيادة بصيغة المجهول ـ أي: أبرأه المضمون له، لئلا يختلف مرجع الضمير ـ وعدمه.

---

(١) التذكرة ٢: ٩٥.

ويصح ترامي الضمان، ودوره، واشتراط الأداء من مال بعينه، فإن تلف بغير تفريط الضامن ففي بطلان الضمان اشكال،

وللشافعية[١] وجه أنه يرجع بما أبرئ منه ونحوه، لأنه هبة ومسامحة له من رب الدين، ولو أبرئ من الجميع، فلا رجوع لمثل ما قلناه، ولافرق في جواز الرجوع مع الاذن في الضمان، بين أن يأذن له في الأداء وعدمه.

إذا عرفت ذلك، فاعلم أن قول المصنف: (وإن لم يأذن له في الأداء) وصليّ لقوله: (والا رجع بالأقل...)، وما بينهما من قوله: (ولو ابرأ من الجميع...) معترض، وبهذه الوصلية يندرج القسمان الباقيان من الأقسام الأربعة السابقة.

قوله: (ويصح ترامي الضمان).

لا إلى غاية، بأن يضمن الضامن ضامن آخر، والضامن الثاني ثالث، وهكذا.

قوله: (ودوره).

أي: دور الضمان، بأن يضمن الضامن الأخير المضمون عنه الأول، ووجه صحتها إطلاق النص وعدم المانع.

قوله: (واشتراط الأداء من مال بعينه).

عملاً بعموم قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»[٢] والظاهر أنه لابدّ أن يكون المال المشترط الأداء منه ملكاً للضامن.

قوله: (فان تلف بغير تفريط الضامن، ففي بطلان الضمان إشكال).

احترز بتلفه بغير تفريط عما إذا فرط، فانه حينئذ يلزمه الدين المتعلق به

---

(١) انظر: المجموع ١٤: ٣٢، الوجيز ١: ١٨٦.

(٢) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥.

ومع عدمه يتعلق به تعلق الدين بالرهن لا الأرش بالجاني،

بتفريطه، لكن ينبغي أن يكون ذلك المال المشترط بقدر الدين فصاعداً، فلو نقص تطرق احتمال عدم لزوم مازاد عنه من الدين.

ومنشأ الاشكال: من أن الأداء إنما يجب من ذلك المال، عملاً بالشرط وقد تعذر، ولاسبيل إلى سقوط الدين، فتعين بطلان الضمان، لانحصار الأقسام في ثلاثة، وقد بطل الأولان، ومن أن الضمان ناقل.

ولامنافاة بين ثبوته في الذمة واشتراط الأداء من مال بعينه، ولانسلم بطلان القسم الأول، ولم لايجوز أن يكون المال في ذمة الضامن، ويجب أداؤه من المال المعين بمقتضى الشرط؟ فاذا تلف يبقى في موضعه ويجب الأداء من مال آخر، وهذا أقوى.

قوله: (ومع عدمه يتعلق تعلق الدين بالرهن، لا الأرش بالجاني).

المتبادر عود الضمير في (عدمه) إلى البطلان لقربه، لكن الحكم بكون تعلق الدين به كتعلقه بالرهن بعد فرض تلفه غيرمنتظم، مع أن فيه فساداً آخر، وهو أنه على تقدير عدم البطلان، كيف يتصور الرجوع على المضمون عنه، على تقدير كون التعلق كتعلق الأرش برقبة الجاني؟

وتوهم أن المراد بالثاني الشق الثاني من الاشكال باطل، لأن الشق الثاني منه هو عدم بطلان الضمان كما لايخفى، وعلى هذا التقدير كيف يمكن الرجوع على المضمون عنه؟

ولو قدر عود الضمير إلى التلف، لسلم من هذا المحذور، لكن يقع في محذور آخر، وهو أن الرجوع على المضمون عنه على تقدير كون التعلق كتعلق الارش برقبة الجاني، لا يستقيم على تقدير عدم التلف.

والحاصل ان العبارة لاتخلو من شيء، وإن كان سوق الكلام إنما يدل على إرادة المعنى الأول.

إذا تقرر هذا، فأصح الاحتمالين أن تعلق الدين بالمال المشروط بالأداء

فيرجع على الضامن، وعلى الثاني يرجع على المضمون عنه، وكذا لو ضمن مطلقاً ومات معسراً على اشكال.

منه كتعلق الدين بالرهن، لا الأرش برقبة الجاني، نظراً إلى أن الضمان ناقل للمال إلى ذمة الضامن، ولان الدين موضعه الذمة، والأرش بالنسبة إلى الجاني ليس ديناً، وإنما هو حق ثبت من أول الأمر كذلك.

لكن على هذا لايكون للإشكال في البطلان وعدمه عند المصنف وجه، بل يجب الجزم بالعدم، لأن الدين إذا كان موضعه الذمة، لا يزول بزوال تعلقه بعين مخصوصة.

قوله: (فيرجع على الضامن).

أي: يرجع المضمون له على الضامن، على المختار من كون التعلق كتعلق الدين بالرهن.

قوله: (وعلى الثاني يرجع على المضمون عنه).

أي: على تقدير كون التعلق كتعلق الأرش برقبة الجاني، يرجع على المضمون عنه، لأنه إنما انتقل من ذمته على هذا الوجه المخصوص، وقد تعذر أخذه على ذلك الوجه، ولاسبيل إلى سقوطه أصلاً.

والتحقيق: أن هذا ليس بشيء أصلاً، لأن حقيقة الضمان تقتضي إما نقل المال، أو ضم ذمة إلى ذمة، وعلى كل تقدير فكيف يكون التعلق بذلك المال المعين كتعلق الأرش برقبة الجاني، مع أن الأرش لاتعلق له بذمة أحد؟

ثم إنه على هذا التقدير يجب أن لايبقى في ذمة المضمون عنه شيء، فكيف يعود إلى الذمة بالتلف بعد زواله بغير سبب يقتضي شغل الذمة؟

قوله: (وكذا لو ضمن مطلقاً ومات معسراً على إشكال).

أي: وكذا يرجع الضامن على المضمون عنه لو ضمن الضامن الدين مطلقاً ـ أي: لم يشترط الأداء من مال بعينه ـ ثم مات معسراً، ومنشأ الاشكال: من أنه لولا ذلك لضاع الدين، ومن انتقال المال بالضمان إلى ذمة الضامن

ولو بيع متعلق الضمان بأقل من قيمته لعدم الراغب رجع الضامن بتمام القيمة؛ لأنه يرجع بما أدى.

ويحتمل بالثمن خاصة؛ لأنه الذي قضاه،

وبراءة المضمون عنه، فلا يعود.

ونمنع من أن المال ضائع بذلك، بل هو باق وإن تعذر الأخذ في الدنيا، ولو سلم فلا نسلم امتناع ضياع المال، إذ لو مات المديون معسراً لضاع الدين أيضاً، والحق أنه لا وجه لهذا الاشكال عندنا.

نعم على القول بأن الضمان ليس ناقلاً، فلا يرجع على المضمون عنه، لكن لا يجيء الاشكال على هذا التقدير أيضاً.

قوله: (ولو بيع متعلق الضمان بأقل من قيمته لعدم الراغب رجع الضامن بتمام القيمة، لأنه يرجع بما أدّى).

أي: لو كانت قيمة المال المشروط في عقد الضمان ـ الأداء منه باعتبار الزمان والمكان ـ أزيد مما بيع به، وبيع بالأنقص لفقد الراغب حينئذ على خلاف الغالب، فأدى ما بيع به في الدين، رجع الضامن على المضمون عنه بتمام القيمة، لأنه يرجع بما أدى، وقد أدّى ذلك.

وضعف هذا من وجهين:

أ: إنه إنما يرجع بما أدى إذا كان بقدر الدين أو أقل، وليس كذلك هنا.

ب: انا نمنع أنه أدى المال أو قيمته، وإنما أدّى ما بيع به. والحق بطلان هذا الاحتمال أصلا، ولو فرض ذلك فيما إذا كان الدين بقدر القيمة، فصالح بالقدر الذي بيع به المال عن ذلك الدين، لأمكن تخيّل هذا الاحتمال تخيلاً ضعيفاً.

قوله: (ويحتمل بالثمن خاصة، لأنه الذي قضاه).

قد علم وجهه مما سبق، وهو الأصح.

وللضامن مطالبة الأصيل إن طولب ـ كما انه يغرمه اذا غرم ـ على اشكال، وليس له المطالبة بالتخليص قبل المطالبة.

ومن أدى دين غيره من غير ضمان ولا إذن لم يرجع، وإن أداه باذنه بشرط الرجوع رجع.

قوله: (وللضامن مطالبة الأصيل إن طولب ـ كما أنه يغرمه إذا غرم ـ على إشكال).

(على) يتعلق بـ (مطالبة)، فان الاشكال في استحقاق المطالبة إذا طولب، وقوله: (كما أنه يغرمه إذا غرم) معترض بينهما، وهو دليل أحد طرفي الاشكال.

وتوضيحه: أن نسبة المطالبة إلى المطالبة كنسبة التغريم إلى الغرم، فكما ثبت استحقاق التغريم بالغرم، يجب أن يثبت استحقاق مطالبة الضامن للأصيل، بمطالبة المضمون له الضامن.

ووجه العدم: أن المطالبة فرع استحقاق المال، وهو إنما يستحق بعد الأداء، لأن المال في ذمة الضامن، لانتقاله إليه بالضمان، ولا شيء في ذمة المضمون عنه، لكن بالأداء يحدث الاستحقاق، وهذا هو الأصح.

قوله: (وليس له المطالبة بالتخليص قبل المطالبة).

أي: ليس للضامن مطالبة المضمون عنه بتخليصه من الدين اللازم بالضمان، بأن يدفعه إليه ليدفعه إلى المضمون له، أو يدفعه الأصيل إلى المضمون له قطعاً، فتكون المسائل الثلاث على نظام حسن: مطالبته ورجوعه بعد الأداء حق ثابت قطعاً، مطالبته قبل الأداء وبعد المطالبة وفيه إشكال، مطالبته قبل المطالبة لا تجوز قطعاً.

قوله: (ومن أدّى دين غيره من غير ضمان ولا إذن لم يرجع).

أي: ولا إذن في الأداء، ووجهه: أنه متبرع، خلافاً لمالك، فانه جوز

ولو لم يشرط الرجوع احتمل عدمه، إذ ليس من ضرورة الأداء الرجوع وثبوته للعادة.

ولو صالح المأذون في الأداء بشرط الرجوع على غير جنس الدين احتمل الرجوع إن قال: أدّ ديني أو ما عليّ، بخلاف أدّ ما عليّ من الدراهم إن علق بالأداء وعدمه؛ لأنه أذن في الأداء لا الصلح.

الرجوع، إلّا إذا أدّى العدو دين عدوه، حذراً من التسلط عليه بالمطالبة، وليس هذا كما لو وجر طعامه المضطر، فانه يرجع هنا وإن لم يأذن المضطر، لأنه ليس متبرعاً، بل ذلك واجب عليه.

قوله: (ولو لم يشترط الرجوع احتمل عدمه، إذ ليس من ضرورات الأداء الرجوع وثبوته للعادة).

يؤيد الأول ان الاذن في الأداء أعم من اشتراط الرجوع، والعام لايدل على الفرد المعين، وأيضاً فان الاذن في الأداء لايدل على الرجوع باحدى الدلالات الثلاث، والدلالة لاتنحصر فيها.

والحق أن العادة إن كانت مضبوطة، في أن من أذن في الأداء يريد به الرجوع ويكتفي بالاذن مطلقاً، استحق الرجوع، وإلّا فلا.

قوله: (ولو صالح المأذون في الأداء بشرط الرجوع على غير جنس الدين احتمل الرجوع، إن قال: أدّ ديني أو ما عليّ، بخلاف أدّ ما عليّ من الدراهم، إن علق بالاداء وعدمه، لأنه أذن في الأداء لا الصلح).

أي: لو صالح من أذن له في أداء دين الاذن، والحال أنه قد شرط له الرجوع على غير جنس الدين، كالدنانير عن الدراهم، احتمل ثبوت الرجوع، إن كان الآذن قد قال في الاذن: أدّ ديني، أو أدّ ما عليّ، لأن الأداء يراد به تخليص الذمة من الدين.

ولهذا لو حلف أن يؤدي دين شخص آخر،بر ئ بتخليص ذمته بالصلح

ولو صولح الضامن عن مائة بما يساوي تسعين رجع بالتسعين، وكذا لو صولح بحط قدر أو نقص صفة.

ولو صالح بالأزيد رجع بالدين، ويرجع على ضامن عهدة الثمن في كل موضع يبطل فيه البيع من رأس،

عنه، فان ذلك قضية العرف، وهذا بخلاف ما إذا قال: أدّ ما عليّ من الدراهم، وعلق الجار بالأداء، لأن المراد حينئذ: كون الأداء من الدراهم، وحيث نص على ذلك، امتنع الحمل على المعنى الأعم.

وإنما قيد بقوله: (إن علّق بالأداء) لأنه إن علق بمحذوف، على أنه مع مجرور حال أو وصف لـ (ما)، فان الحكم فيه كالحكم فيما لوقال: أدّ ما عليّ، لأن الاداء المأمور به مطلق حينئذ.

ويحتمل عدم استحقاق الرجوع، لأن معنى أداء ما عليه: رد مثله جنساً وقدراً، لامتناع الحقيقة، إذ ما عليه أمر كلي، فيصار إلى أقرب المجازات.

ولمانع أن يمنع أن هذا أقرب المجازات، لأن إرادة إبراء الذمة بهذا اللفظ أشيع في الاستعمال، بل يمكن ادعاء كونه حقيقة عرفية، فالأوجه الاول.

إذا تقرر هذا فقوله: (إن علق) يمكن قراءته معلوماً، والضمير للاذن في الاداء، ومجهولاً والضمير للجار.

قوله: (ولو صولح الضامن عن مائة بما يساوي تسعين رجع بالتسعين، وكذا لوصولح بحط قدر أو أنقص صفة).

لأنه إنما يستحق شيئاً بالاداء، فيرجع بما أدّى.

قوله: (ولو صالح بالازيد رجع بالدين).

لأن الزائد تبرع منه فلا يستحقه، إذ المأذون فيه إنما هو ضمان الدين.

قوله: (ويرجع على ضامن عهدة الثمن، في كل موضع يبطل فيه البيع من رأس).

أي: يكون البيع باطلاً حين إيقاعه، بفوات شرط معتبر فيه واقتران شرط

لا ما يتجدد له الفسخ بالتقايل، أو العيب السابق، أو تلفه قبل قبضه بل يرجع على البائع.

ولو طالب بالأرش فالأقرب مطالبة الضامن.

ولو فسخ لاستحقاق بعضه رجع على الضامن بما قابل المستحق، وعلى البائع بالآخر.

فاسد ونحوهما، لأنه حينئذ يكون الثمن مستحقاً للمشتري لم يخرج عن ملكه.

قوله: (لا ما يتجدد له الفسخ بالتقايل، أو العيب السابق، أو تلفه قبل قبضه، بل يرجع على البائع).

لأن الملك حينئذ يتجدد بعد الفسخ، فلا يكون مملوكاً للمشتري حين الضمان، فيكون ضمان ما لم يجب.

قوله: (ولو طالب بالأرش فالأقرب مطالبة الضامن).

أي: لو لم يفسخ فيما إذا ظهر المبيع معيباً ورضي بالأرش، فالأقرب أن له مطالبة ضامن العهدة، ووجه القرب: أنه مال ثابت حين الضمان، لأنه عوض جزء فائت من المبيع، حيث أنّ ذلك المقدار من الثمن لم يقع في مقابلة عوض، وسقوطه إنما يكون بالرضى بالعيب.

ويحتمل ضعيفاً العدم، لأن الأرش عوض ما لا يفرد بالبيع، فلا يتقسط الثمن عليه، والأصح الأول، وقد سبق في كلام المصنف استحقاق المطالبة بالأرش على طريق الجزم.

واعلم أن قوله: (ولو طالب بالأرش) يريد به إرادة المطالبة به والرضى بالمطالبة مجازاً، لأنه حينئذ في قوة المطالبة به.

قوله: (ولو فسخ لاستحقاق بعضه، رجع على الضامن بما قابل المستحق وعلى البائع بالآخر).

أي: لو ظهر استحقاق بعض المبيع، فتبين بطلان البيع فيه، تبعضت

ولو أخذ بالشفعة رجع على الشفيع، دون الضامن والبائع.

ولو باع أو أقرض بشرط رهن عين أو مطلقاً فضمن تسليم الرهن لم يصح؛ لأن الأصيل لا يلزمه ذلك.

الصفقة، فللمشتري الفسخ بهذا العيب، فاذا فسخ لذلك رجع من الثمن على الضامن بما قابل المستحق به، لأن الضمان صحيح بالنسبة إليه لكونه مملوكاً للمشتري حين الضمان، وما بقي منه فإنما يرجع به على البائع، لأنه حين الضمان لم يكن مملوكاً للمشتري فلم يصح ضمانه، إذ هو ضمان ما لم يجب، وهذا هو أصح القولين.

وعن الشيخ في المبسوط[1]: صحة الضمان بالنسبة إليه أيضاً وجواز مطالبة الضامن به، فيطالبه بالجميع.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

قوله: (ولو أخذ بالشفعة رجع على الشفيع دون الضامن والبائع).

أي: لو كان المبيع الذي ضمن الضامن فيه عهدة الثمن للمشتري شقصا مشفوعاً، فأخذ الشفيع بالشفعة، رجع المشتري على الشفيع بالثمن، لأن الشفيع إنما يأخذ منه، ولا يرجع على الضامن -لأن الذي ضمن البائع عهدته هو الثمن المدفوع الى البائع- ولا على البائع، لأن الثمن الذي تسلّمه أخذه بحق ولم يبطل البيع فيه.

قوله: (ولو باع أو أقرض بشرط رهن عين أو مطلقاً، فضمن تسليم الرهن لم يصح، لأن الأصيل لا يلزمه ذلك).

أي: لو باع بائع أو أقرض مقرض بشرط رهن عين مخصوصة، أو بشرط رهن من غير تخصيص بعين معينة، فضمن الضامن تسليم الرهن لم يصح الضمان، لأن الأصيل لا يلزمه ذلك -أي: التسليم للرهن- بناء على أن الشرط في العقد اللازم لا يجب الوفاء به، لأنه يقلب اللازم جائزاً، وقد سبق في البيع والقرض تحقيق ذلك، وأن هذا منظور فيه.

---

(١) المبسوط ٢: ٣٢٨.

ولو ضمن درك ما يحدثه المشتري من بناء أو غرس لم يصح؛ لأنه ضمان ما لم يجب، وفي ضمان البائع ذلك اشكال.

والتعليل الصحيح: أنه لا يستحق العين، وإنما يستحق الاستيثاق بها، وذلك ليس بمال فيصح ضمانه.

قوله: (ولو ضمن درك ما يحدثه المشتري من بناء أو غرس لم يصح، لأنه ضمان ما لم يجب).

أي: لو ضمن ضامن للمشتري درك ما يحدثه المشتري في المبيع ـ لو كان أرضاً مثلاً من بناء وغرس، بحيث لو ظهر استحقاق المبيع ووجب القلع، فانه يثبت للمشتري حينئذ على البائع أرش النقصان، وهو تفاوت ما بين قيمته قائماً ومقلوعاً، على أن يرجع بذلك على الضامن ـ لم يصح الضمان، ولم يستحق الرجوع به عليه لو ظهر الاستحقاق فقلع، لأنه ضمان ما لم يجب، لأنه حين الضمان لم يكن مستحقاً للأرش، إنما يستحقه بعد القلع.

قوله: (وفي ضمان البائع ذلك إشكال).

أي: وفي ضمان البائع عهدة ما ذكر للمشتري إشكال، ينشأ من أنه ضمان ما لم يجب فلا يصح، ومن وجود سببه وهو العقد واقتضاؤ ذلك، فان بيع المغصوب مع جهل المشتري يقتضي رجوعه عليه بما يغرمه.

والتحقيق: أن هذا الضمان لا أثر له، لأن ذلك واجب بدونه، فانه من مقتضيات العقد، فلا معنى لضمانه، حتى لو ضمن مالا يقتضي العقد الرجوع به، مما لوغرمه المشتري بعد ظهور الاستحقاق ـ كعوض المنافع المستوفاة على قول ـ لم يصح الضمان، لأنه ضمان ما لم يجب.

بل لا معنى لهذا الاشكال، لأن الاشكال إن كان في ثبوت ذلك على البائع فلا وجه له، لأن ذلك واجب، وإن كان في اقتضاء هذا الضمان ثبوته أيضاً ليكون مؤكداً فلا وجه له أيضاً، لأنه ضمان ما لم يجب بعد.

ولو ضمن اثنان طولب السابق، ومع الاقتران اشكال.

قوله: (ولو ضمن اثنان طولب السابق، ومع الاقتران إشكال).

ينشأ: من احتمال أمور ثلاثة متكافئة هي أقوال للأصحاب:

الأول: التخيير في مطالبة من شاء منهما، وهو قول ابن حمزة[١]، تمسكاً بصحة العقدين فانها الأصل.

ونقل الشارح عن المصنف في درسه توجيهه: بأن مثله واقع في العبادات، كالواجب على الكفاية، وفي الأموال كالغاصب من الغاصب[٢].

وفيه نظر، فان العقدين المتنافيين يمتنع التمسك بصحتها، ووجه التنافي: أن انتقال المال إلى ذمة أحدهما يقتضي أن لا ينتقل إلى ذمة الآخر شيء فيكون ضمانه باطلاً لانتفاء مقتضاه، ولا نعني بالباطل إلّا ما لا يترتب عليه أثره.

وهذا يصلح جواباً لما ذكره المصنف، وفي الغاصب من الغاصب لم يثبت المال في ذمم متعددة، وإنما وجب على من جرت يده على المغصوب ردّه على مالكه، عملاً بعموم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»[٣] فان تعذر وجب البدل للحيلولة.

وهذا لا يتفاوت الحال فيه ببقاء العين وتلفها، ومعلوم أنه مع بقائها لا يكون في ذمة أحد، وإنما الذي في الذمة وجوب ردّها، فظهر أنه ليس هناك مال واحد في ذمم متعددة، ولو قدر أنه كذلك في هذا الفرد ـ على خلاف الأصل للنص والاجماع ـ لم تجز تعديته إلى غيره إلّا بنص آخر.

الثاني: التنصيف، فيطالب كل واحد منهما بنصف المال في هذا الفرض، ولو زادوا فبالحصة بعد اعتبار العدد، لأن الأصل صحة الضمان، ولمّا امتنع انتقال المجموع إلى كلّ من الذمتين ولا أولوية، انتقل إلى كل واحدة منهما

---

(١) قاله في الوسيلة: ٣٢٨.

(٢) ايضاح الفوائد ٢: ٨٩.

(٣) سنن ابن ماجة ٢: ٨٠٢ حديث ٢٤٠٠.

ولو ضمن كل من المديونين ما على صاحبه تعاكست الأصالة والفرعية فيها إن أجازهما ويتساقطان،

ما يقتضيه التحاصّ.

وفيه نظر، لأنه خلاف ما اقتضاه العقدان وأراده الضامنان، بل إن كان العقد صحيحاً ترتب عليه مقتضاه، وإلّا كان باطلاً.

الثالث: البطلان، للحصر في الأمور الثلاثة، وقد بطل اثنان فتعين الثالث، وهو الأصح.

قوله: (ولو ضمن كلّ من المديونين ما على صاحبه، تعاكست الأصالة والفرعية فيها إن أجازهما ويتساقطان).

أي: لو ضمن كل من المديونين ما على صاحبه من الدين، انتقل ما في ذمة كلّ منهما إلى ذمة الاخر، فيصير كل واحد بضمانه فرعاً وبمضمونيته أصيلاً، فتتعاكس الأصالة والفرعية، فيكون كل واحد منهما فرعاً بالجهة التي يكون بها الآخر أصيلاً.

وهذا كلّه إذا أجاز المضمون له ضمانها معاً، ويتساقطان بعد أداء الدينين، إذا كان ضمانها بسؤال وكان الدينان مستويين، كما لو كان لواحد على اثنين عشرة بالسوية، فضمن كل منهما ما على الآخر بسؤاله، فاذا أدياها ثبت لكل منهما على الآخر ما أدّاه، فاستوى الدينان قدراً ووصفاً فيقع التقاص.

ولا يخفى أن هذا إذا كان الضمان دفعة، أما لو وقع على التعاقب، فان الجميع على الأخير.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن قوله: (تعاكست الأصالة والفرعية فيها) فيه إشارة إلى فائدة هذا الضمان، فانه وإن لم تكن له فائدة من جهة المطالبة ـ حيث أن المضمون له انما يطالب كل واحد بمقدار ما كان يطالبه ـ لكن تترتب عليه فوائد أخرى باعتبار الأصالة والفرعية، فلو أبرأ المضمون له أحدهما من شيء برئت ذمة الآخر منه، وغير ذلك.

فلو شرط أحدهما الضمان من مال بعينه، وحجر عليه لفلس قبل الأداء رجع على الموسر بما أدى، ويضرب الموسر مع الغرماء،

قوله: (ولو شرط الضمان من مال بعينه وحجر عليه لفلس قبل الأداء، رجع على الموسر بما أدّى، ويضرب الموسر مع الغرماء).

هذا أيضاً من فوائد الضمان، فانه لو شرط أحدهما في العقد الأداء من مال بعينه، وحجر عليه للفلس قبل أداء الدين المضمون، فان المضمون له مقدم على الغرماء بدينه، لتعلقه بالعين المشروط الأداء منها، كما في دين المرتهن بل أقوى، لما سبق من احتمال كونه كتعلق الأرش بالجاني، وحق الجناية مقدم على حق المرتهن كما سبق في الرهن، وحينئذ فاذا استوفاه من العين استحقه المفلس على الموسر، فيرجع عليه به.

ولا يتساقطان إذا أدّى الموسر الدين الآخر، لعدم استواء الدينين حكماً، لأن أحدهما يستحق الجميع [1]، والآخر له حكم الغرماء فيضرب معهم بالحصة، فالزائد على ما يقتضيه التحاصّ غير مستحق الآن، فكيف تقع المساقطة به؟

واعلم أنه لا بد في الحكم من قيدين:

الأول: كون المال المشروط الأداء منه بحيث يفي بذلك الدين، إذ لو قصر لكان الضامن بالزائد من جملة الغرماء، ولعلّه إنما لم يتعرض إليه اعتماداً على الغالب، من أنه إنما يشترط الأداء من مال يفي بالدين، على أنه ليس في العبارة ما ينافيه، لأن قوله: (رجع على الموسر بما أدى) صادق في الجميع والأقل.

الثاني: كون أداء الموسر قبل الحجر، إذ لو كان بعده لا تجه أن لا يزاحم الغرماء فلا يضرب، بل يصير إلى ما بعد الفكّ، كمن باع بعد الحجر على أصح الوجوه، لأن الضامن لا يستحق شيئاً على المضمون عنه إلّا بعد الأداء عندنا، ولهذا لا يستحق الأخذ قبله.

وأيضاً فلابد من كون الإفلاس طارئاً بعد الضمان، أو كون المضمون

---

(١) في النسخ الخطية والنسخة الحجرية وردت هنا لفظة (لعدم) والظاهر زيادتها

وإلّا طولب من أُجيز ضمانه بالجميع خاصة، فإن دفع النصف انصرف الى ما قصده، ويقبل قوله مع اليمين، فإن اطلق فالوجه التقسيط،

عالماً بتقدمه أو رضاه بعد علمه، فانه لولم يكن عالماً وفسخ لمّا علم، لم يترتب عليه هذا الحكم.

قوله: (وإلّا طولب من أُجيز ضمانه بالجميع خاصة).

أي: وإن لم يجز المضمون له ضمانهما، بل أجاز ضمان أحدهما دون الآخر، طولب من أُجيز ضمانه بجميع الدين الذي عليهما ـ بعضٌ بالضمان، وبعضٌ بأصل الاستدانة ـ دون الآخر، وهو معنى قوله: (خاصة).

قوله: (فان دفع النصف انصرف إلى ما قصده، ويقبل قوله مع اليمين).

أي: فان دفع من أُجيز ضمانه دون صاحبه نصف الدين ـ وكان ينبغي أن يأتي بالبعض بدل (النصف) فان الحكم لا يختص بالنصف ـ انصرف المدفوع إلى ما قصده الدافع من الدينين، فان قصده عن نفسه لم يرجع على المضمون عنه، وإن قصده عنه رجع عليه، فان وقع اختلاف بينه وبين المضمون عنه قدم قوله بيمينه، لأنه أعرف بقصده، وصرفه إلى شيء بخصوصه إنما يكون به.

قوله: (فان اطلق فالوجه التقسيط).

أراد بالاطلاق: دفعه من غير قصد شيء من الدينين، ولا قصد المجموع، فالوجه عند المصنف التقسيط ــ أي: توزيع المدفوع على الدينين بالنسبة لامتناع صرفه إلى أحدهما ـ نظراً إلى عدم الأولوية، فيتعين الأول لانحصار الحال فيهما.

ويحتمل صرفه الان إلى ماشاء لعدم القصد، وامتناع وقوعه بدونه.

ويضعّف بأن المدفوع إليه ملكه من حين القبض، فيمتنع أن لا يسقط شيء من الدين في مقابله، لأن قبضه إنما كان عن جهته، فتعين التوزيع لما قلناه من انتفاء الأولوية، وهو الأصح.

ويتصرف الإبراء الى ما قصده المبرىء،فإن اطلق فالتقسيط.

ولو ادعى الأصيل قصده في توجه اليمين عليه أو على الضامن اشكال، ينشأ: من عدم توجّه اليمين لحق الغير، وخفاء القصد.

واعلم أن المصنف تردد في الرهن في نظائر هذه المسألة، ثم رجع إلى الفتوى هنا.

قوله: (وينصرف الابراء إلى ما قصده المبرئ، فان أطلق فالتقسيط).

أي: فان أطلق الابراء وعرّاه عن قصد شيء مخصوص من واحد منها، أو من كل منها بالنسبة، فالحكم التقسيط المذكور في المسألة السابقة بعين ما ذكر.

قوله: (ولو ادّعى الأصيل قصده، في توجه اليمين عليه أو على الضامن إشكال، ينشأ: من عدم توجه اليمين لحق الغير، وخفاء القصد).

أي: لوادعى المضمون عنه على الضامن، أن المضمون له إنما أبرأ الضامن من الدين المضمون به، ففي توجه اليمين على المبرئ أو على الضامن إشكال من أن اليمين لاثبات حق الغير لاتجوز، فيمتنع توجهها على المبرئ، لأنه إنما يثبت بها رجوع الضامن على المضمون عنه، فيكون لمجرد إثبات حق الغير، فيكون اليمين في جانب الضامن.

ومن أن القصد أمر خفي على غير القاصد، فلا يحلف الضامن على قصد المبرئ، بل ينحصر اليمين في جانبه.

وحمل الشارح[1] الشق الثاني من شقي الإشكال على التقسيط، وهو خلاف صريح العبارة، فان قوله: (ففي توجه اليمين عليه أو على الضامن) يتبادر منه كون أحد الشقين توجه اليمين على المبرئ، وما ذكره في أول منشأ الإشكال صريح في ذلك، نعم يكون احتمال التقسيط احتمالاً ثالثاً، ويحتمل أيضاً

---

(١) ايضاح الفوائد ٢: ٩٠.

ولو ضمن الثالث المتبرع بسؤاله رجع عليه دون الأصيل وإن أذن له الأصيل في الضمان والأداء.

ولو دفع الأصيل الى الضامن أو المستحق فقد برئ وإن لم يأذن

القرعة، لأن الواقع غيرمعلوم، فهو أمر مشكل.

والذي يقتضيه النظر أن يقال: إن المبرئ إن صرح في عقد الابراء بتعين الدين الذي يبرأ منه، بحيث علم الضامن بذلك، جاز حلفه على عدم سقوط الحق عن ذمة المضمون عنه، وإلّا لم يحلف على البت بل على نفي العلم، لأن الاختلاف في فعل الغير، ولايتوجه اليمين على المبرئ أصلاً، فاذا حلف على نفي العلم، انتفى المسقط للدين الذي في ذمة المضمون عنه، فيتمسك بأصالة بقائه ولزوم كون الأداء عنه، فيستحق الرجوع عليه حينئذ.

وفيه نظر، لأن عدم علمه بالمسقط لايقتضي عدمه، وأصالة بقاء الدين زالت بالقطع بوجود مسقط أحد الدينين، كما زال أصل الطهارة عما اشتبه فيه الطاهر بالنجس، فان الابراء ثابت والمبرأ منه مشتبه، على أن رجوع الضامن على الأصيل واستحقاقه الدين إنما يكون بأداء ما ضمنه، وهو غيرمعلوم، فيتمسك بأصالة عدم الاستحقاق، ولاأرى هنا شيئاً أوجه من القرعة.

قوله: (ولو ضمن الثالث المتبرع بسؤاله، رجع عليه دون الأصيل، وإن أذن له الأصيل في الضمان والأداء).

أي: لوضمن شخص ما في ذمة زيد تبرعاً، ثم سأل الضامن عمراً أن يضمنه فضمنه، رجع الضامن الثاني على ذلك الشخص بالمال المضمون به إذا أدّاه، ولايرجع على الأصيل ـ أعني: المضمون عنه أولاً ـ وإن أذن الأصيل للضامن الثاني في ضمان الضامن المتبرع وفي أداء المال، لأن ذمة الأصيل قد برئت بالضمان الأول، ولم يبق في ذمته حق، فلا أثر لإذنه في الضمان ولافي الأداء.

قوله: (ولو دفع الأصيل الى الضامن أو المستحق فقد برئ).

هذا عود إلى أصل الباب، أي: بعد صحة الضمان، إذا دفع المضمون عنه

الضامن في الدفع، وعلى الضامن البينة بالإذن لو أنكره الأصيل، أو أنكر الدين.

ولو أنكر الضامن الضمان فاستوفى المستحق بالبينة لم يرجع على الأصيل إن أنكر الدين أيضاً أو الاذن،

الدين ـ الذي وقع الضمان به ـ إلى الضامن، أو إلى المستحق فقد برئ.

أما إذا دفع إلى الضامن، فلأنه وإن لم يستحق عليه شيئاً إلّا بعد الأداء، لكن دفعه إياه لجهة ذلك الدين، فان أدّى منه فواضح، وإن أدّى من غيره قام هذا المدفوع مقام ما أداه، بل لو أدّى أقل رجع عليه الأصيل بالزائد.

وأما إذا دفع إلى المستحق، فلأن أقصى ما فيه أن يكون قد أدى الدين الذي لزم الضامن بالضمان تبرعاً، فانه لا يرجع عليه شيء إذا لم يؤد شيئاً.

قوله: (وعلى الضامن البينة بالاذن لو أنكره الأصيل أو أنكر الدين).

لأنه مدعٍ على كل واحد من التقديرين، فانّ استحقاقه الرجوع مشروط بكل من الأمرين، وهو ظاهر.

قوله: (ولو أنكر الضامن الضمان فاستوفى المستحق بالبينة، لم يرجع على الأصيل إن أنكر الدين أيضاً أو الإذن).

أي: لو أنكر الضامن في نفس الأمر كونه ضامناً، فاقام المستحق للدين ـ وهو المضمون له ـ البينة بكونه ضامنا، واستوفى ما شهدت البينة بضمانه من الضامن، لم يرجع الضامن على الأصيل، لأنه بانكاره الضمان مقرّ بأنه لا يستحق في ذمة المضمون عنه شيئاً، إذ وجه الاستحقاق على هذا التقدير إنما هو الضمان، وقد نفاه، ولا تنفعه البينة في ذلك، لتكذيبه إياها بنفي الضمان، واقتضاء نفيه كونه مظلوماً في المطالبة والأخذ.

ولا فرق في ذلك بين أن ينكر الضامن الدين أيضا ـ أي: مع إنكاره الضمان ـ أو ينكر الاذن فيه من المضمون عنه مع إنكار الضمان وعدمه، كما هو

وإلّا رجع اقتصاصاً، إلّا أن ينكر الأصيل الإذن ولا بينة.

ظاهر، فلا يظهر لاشتراط المصنف لعدم الرجوع على الأصيل أحد الأمرين، أعني: إنكار الضامن الدين ـ فان الضمير في (أنكر) إنما يعود إليه لا إلى الأصيل، لأن مجرد إنكاره لا يمنع الرجوع، إنما يؤثر مع انتفاء البينة واليمين المردودة ـ أو إنكاره الإذن في الضمان وجه.

وكذا قوله: (وإلا رجع اقتصاصا، إلّا أن ينكر الأصيل الإذن ولا بينة) إذ المعنى: وإن لم ينكر واحداً من الأمرين، رجع على المضمون عنه اقتصاصاً، أي: باطناً على ما فسّره بعضهم.

ولا يستقم غيره على تقدير فرض المسألة في الضمان، إلّا أن ينكر الأصيل الإذن في الضمان ولا بينة، لأنه إذا كان رجوعه اقتصاصاً ـ أي: باطناً ـ فلا فرق بين إنكاره الدين أو الإذن أو إقراره بها، وإنما الشرط لرجوعه اقتصاصاً وقوع الضمان في نفس الأمر.

ويمكن تنزيل العبارة على شيء آخر، وهو: أن يكون المراد بالضامن المأذون له من المديون في الأداء بشرط الرجوع.

وحينئذ نقول: إذا أنكر المأذون له في الأداء الضمان المدّعى به عليه، فأقام المستحق للدين بينة به واستوفى منه، لم يرجع على الأصيل إن أنكر الضامن الدين أو أنكر الإذن، لانتفاء جهة الاستحقاق المنحصرة هنا في الضمان بسؤال، وفي الإذن في الأداء بشرط الرجوع المشروطين لشغل الذمة بالدين، فان لم ينكرهما، لم يقدح في جواز الرجوع إنكار الضمان، فيرجع اقتصاصاً ـ أي: اخذ الدين الذين يستحقه ـ إلّا أن ينكر الأصيل الإذن ولا بينة.

ولقائل أن يقول: إن قوله (لو أنكر الضامن الضمان) ينافي ذلك، لأنه يقتضي ضامناً في نفس الأمر، فيمكن إجراء الفرض الأول على ما ذكر.

ويقال: انه إذا كان ضامناً في نفس الأمر بسؤال، لا يمتنع رجوعه على المضمون عنه بمجرد إنكار الضمان، إذا أدّى الدين إلى المستحق بالبينة، لأن

ولو أنكر المستحق دفعَ الضامن بسؤال قدّم انكاره،

لاستحقاق الرجوع طريقين:

أحدهما: الضمان بسؤال إذا أدى الضامن.

والثاني: أداء الدين بالاذن وشرط الرجوع.

فاذا انتفى الاستحقاق لإنكار أحدهما لم ينتف مطلقاً، إذ لا يلزم من نفي الأخص نفي الأعم كما هو ظاهر، فيرجع اقتصاصاً، أي: أخذاً لحق يستحقه في نفس الأمر بشروط:

أ: أن لاينكر الضامن أصل الدين، فانه لو أنكره امتنع استحقاق الرجوع بالطريق الثاني أيضاً.

ب: أن لاينكر الإذن، فان أنكره فكالأول.

ج: أن لاينكر المضمون عنه الإذن، أو يثبت بحجة شرعية، فان انتفت امتنع الرجوع أيضاً، وحينئذ فلا يكون المراد بالاقتصاص الرجوع باطناً كما قيل، بل يرجع على هذا التقدير ظاهراً.

وطريق مطالبة الضامن المنكر للضمان في الفرض المذكور، أن يقول للمضمون عنه: إني أديت دينك على وجه يلزمك الأداء إليّ، ويقيم عليه البينة بالاذن إن كانت، وإن كان وجه الاستحقاق هو الضمان بالاذن، لأن التوصل الى الحق بطريق لا يكون مشتملاً على محذور جائز.

فان قيل: هل يسوغ أن تشهد له البينة بالاذن، على تقدير حصوله مع سؤال الضمان ووقوعه، مع العلم بأن طريق الاستحقاق إنما هو الضمان بسؤال، وقد امتنع بانكاره؟

قلنا: لامحذور اذا كان مطابقاً للواقع، أما مع عدم المطابقة فهل تكفي شهادة البينة بالاستحقاق في الجملة من غير تقييد بواحد من الطريقين؟ الظاهر نعم، حتى لو طلب المضمون عنه التقييد بواحد منهما لم يلزم.

قوله: (ولو انكر المستحق دفع الضامن بسؤال قدم انكاره).

فإن شهد الأصيل ولا تهمة قبلت، ومعها يغرم ثانياً ويرجع على الأصيل بالأول مع مساواته الحق أو قصوره،

الباء في (بسؤال) يتعلق بـ (الضامن) لا بـ (دفع) أي: لو انكر المستحق ـ وهو المضمون له ـ دفع الضامن لغيره بسؤال ذلك الغير قدم انكاره، تقديماً لقول المنكر بيمينه. وإنما قيد بكون الضمان بسؤال؛ لأنه لو كان تبرعا لم تتطرق اليه التهمة لبراءة ذمته.

قوله: (فان شهد الأصيل ولا تهمة قبلت).

من صور التهمة: أن يكون معسراً ولم يعلم المضمون له باعساره، فانّ له فسخ الضمان حينئذ، ويرجع على المضمون عنه، فشهادة الأصيل تدفع عنه عود الحق الى ذمته.

ومنها: أن يكون الضامن قد صالح على أقل من الحق، فيكون رجوعه إنما هو بذلك المصالح عليه، فيقل ما يؤديه عن أصل الحق لو ثبت الأداء على هذا الوجه.

وفي كون ذلك موجباً للتهمة نظر، اذ يكفي لعدم وجوب الزائد اقرار الضامن بذلك، ولا حاجة الى الثبوت ظاهرا، فتندفع التهمة فتقبل الشهادة.

ومنها: أن يكون الضامن قد تجدد الحجر عليه للفلس، والمضمون عنه أحد غرمائه، فانه بثبوت الأداء يقل الغرماء فيزداد ما يضرب به.

قوله: (ومعها يغرم ثانياً، ويرجع على الأصيل بالأول مع مساواة الحق أو قصوره).

أي: ومع التهمة يغرم الضامن ثانياً؛ لانتفاء ثبوت الأداء، ثم انه يرجع على الأصيل بالأول؛ لأنه الذي وقع به الأداء باعترافه. والثاني ظلم، فلا يتفاوت الحال بكون الأول أقل من الحق والثاني بقدره، لكن يشترط أن لا يزيد على الدين؛ لأنه لا يستحق الرجوع بالزائد كما علم غير مرة.

ولو لم يشهد رجع بالأقل من الثاني والأول والحق.

ولو ادعى القضاء المأذون له فيه فأنكر المستحق، فإن كان في غيبة الآذن فهو مقصر بترك الإشهاد، إذ كان من حقه الاحتياط وتمهيد طريق الاثبات، فلا يرجع عليه إن كذّبه، وإن صدّقه احتمل ذلك حيث لم ينتفع به الأصيل،

قوله: (ولو لم يشهد رجع بالأقل من الثاني والأول والحق).

أما اذا كان الأول اقل فلأنه باعتراف الضامن لايستحق غيره؛ لأنه بزعمه مظلوم في الأخذ ثانياً، فالأداء الصحيح بزعمه هو الأول فيؤاخذ به.

وأما اذا كان الثاني أقل، فلأن الأداء الأول الذي يدعيه لم يثبت، والثابت ظاهراً إنما هو الثاني.

وأما اذا كان الحق أقل منهما، فلأنه إنما يرجع بالأقل من المدفوع والحق.

قوله: (ولو ادعى القضاء المأذونُ له فيه فانكر المستحق، فان كان في غيبة الآذن فهو مقصر بترك الاشهاد، إذ كان من حقه الاحتياط أو تمهيد طريق الاثبات، فلا يرجع عليه إن كذبه، وإن صدّقه احتمل ذلك حيث لم ينتفع به الأصيل).

فاعل (ادعى) هو (المأذون)، وأخّره لأجل ضمير القضاء. أي: لو ادعى قضاء الدين الشخص المأذون له فيه فانكر المستحق، أي: صاحب الدين فلا يخلو: إما أن يكون القضاء في غيبة الآذن في القضاء، أو في حضوره. فان كان ذلك في غيبته فهو مقصر بترك الإشهاد، فلم يؤد على الوجه المأذون فيه، فلا يرجع؛ لأن من حق المأذون ـ أي: من حق الواجب عليه ـ الاحتياط للاذن في اسقاط حق الغير عنه ظاهرا وباطناً، وتمهيد طريق الاثبات بالإشهاد، لتنقطع عنه الدعوى. كما يجب على الوكيل الاحتياط، فلا يسلم المبيع حتى يتسلم الثمن ونحو ذلك، فحيث ترك الإشهاد كأنه لم يقض، فلا يستحق رجوعاً.

والرجوع لاعترافه ببراءة ذمته، وفعل ما اذن فيه، فلا يخرج استحقاق المأذون بظلم المستحق.

أو يقال: إن إطلاق الإذن لما حمل على القضاء الذي لا تبقى معه دعوى الدين ثانياً بحسب الإمكان، وذلك بالإشهاد كان قضاؤه بدونه غير مأذون فيه فلم يستحق رجوعا. وهذا التوجيه لا يفترق الحال فيه، بتصديق الآذن في الدفع وتكذيبه.

فلم يبق لقول المصنف: (إن كذبّه) وجه، ولم يحسن قوله (وإن صدّقه...) لأنه مدافع للتعليل المذكور. وكان الأولى في العبارة أن يقول: فانكر المستحق، فان كذبّه ولا طريق الى الاثبات لم يرجع قطعاً، وإن صدقه، فان كان في غيبة الآذن، ففي الرجوع احتمالان ينشآن: من كونه مقصراً بترك الاشهاد، اذ كان من حقه الاحتياط وتمهيد طريق الاثبات. ولأنه كمن لم يقض اذ لم ينتفع به الأصيل وعدمه، لأن المأذون فيه القضاء وقد حصل. وفي الأول قوة ظاهرة، كما بيناه في كتاب الرهن.

واعلم أن قوله: (ذلك) يشير به الى عدم الرجوع، وأن المراد بـ(الأصيل) هنا: المديون وهو الآذن مجازاً، اذ ليس هنا ضمان فيكون مضمون عنه.

قوله: (والرجوع لاعترافه ببراءة ذمته وفعل ما اذن فيه، فلا يخرج استحقاق المأذون بظلم المستحق).

هذا هو الاحتمال الثاني المعادل لقوله: (احتمل ذلك) ووجهه أنه حيث كان مُصدقاً معترفاً ببراءة ذمته من الدين الذي كان، ويفعل المأذون ما اذن له فيه مجهولاً ومعلوما. فلا يخرج استحقاق المأذون عن الثبوت بظلم المستحق، وطلبه ثانيا. وضعفه ظاهر؛ لأن اعترافه إنما هو ببراءة ذمته باطناً فقط، وفي كونه فعل ما اذن فيه منع، وقد سبق سنده.

وهل له احلاف الأصيل لو كـذّبه؟ إن قلنا بالرجوع مع التصديق حلّفه على نفي العلم بالأداء.

وإن قلنا بعدمه، فإن قلنا: اليمين المردودة كالاقرار لم يحلّفه، لأن غايته النكول، فيحلف الضامن فيصير كتصديق الأصيل.

وإن قلنا كالبينة حلّفه، فلعله ينكل فيحلف.

قوله: (وهل له إحلاف الأصيل لو كذّبه؟ إن قلنا بالرجوع مع التصديق حلّفه على نفي العلم بالأداء).

أي: هل للمأذون إحلاف الأصيل، أي: الآذن على تقدير تكذيبه في الأداء؟ يبنى على استحقاق الرجوع مع التصديق وعدمه، فان قلنا باستحقاق الرجوع على ذلك التقدير، حلّفه على نفي العلم بالأداء، لأن كل موضع لو أقر المنكر لنفع المدعي يتوجه عليه اليمين، لعله يقر فيثبت الحق.

وعندي في هذا الاحتمال نظر؛ لأن جواب المدعى عليه بإنكار أو اقرار فرع توجه الدعوى، فاذا ادعى المأذون الأداء باذنه، لم يطالب المدعى عليه بجواب، إلا اذا قلنا بأن الإشهاد غير واجب، اذ على القول بوجوبه لا يستحق شيئاً بمجرد الأداء حتى يقول: واشهدت.

ومثله ما لو ادعى الهبة ولم يذكر الاقباض، اذ لا حكم لها بدونه. فمتى سُمعت الدعوى، وأجاب المدعى عليه بالإنكار توجهت عليه اليمين، وحيث كان المدعى به فعل الغير يحلف على نفي العلم به.

قوله: (وان قلنا بعدمه، فان قلنا: اليمين المردودة كالاقرار لم يحلفه؛ لأن غايته النكول، فيحلف الضامن فيصير كتصديق الاصيل. وان قلنا كالبينة حلف، فلعله ينكل فيحلف).

هذا معادل قوله: (إن قلنا بالرجوع مع التصديق) أي: وإن قلنا بعدم الرجوع مع تصديق الآذن ـ الذي سماه (الأصيل) ـ يخرج توجه اليمين عليه، وعدمه على قاعدة هي: ان اليمين المردودة كالبينة أو كالاقرار، وفيه قولان مشهوران

ولو جحد الأصيل وصدّقه المستحق احتمل الرجوع، لسقوط المطالبة باقراره الذي هو أقوى من البينة، وعدمه.إذ قول المستحق ليس حجة على الأصيل.

يأتيان ان شاء تعالى في كتاب القضاء.

فإن قلنا: انها كالاقرار لم يحلّفه، أي: لم يحلّف المأذون الآذن على عدم العلم بالأداء؛ لأن غايته ـ أي: غاية توجهه ـ تحليفه، أي: اقصى احواله اذا خاف من اليمين، ولم يقر النكول عن اليمين فيها على الضامن، أي: المأذون سماه (ضامناً) مجازاً كما سمى الآذن (أصيلاً). فاذا حلف صار كما لو صدّق الأصيل على الأداء، ولا رجوع مع تصديقه لأنه المفرع عليه.

وإن قلنا: إن المردودة كالبينة توجهت اليمين عليه، فاذا كان كذلك فلعله ينكل فيحلف المأذون، فيكون كما لو أقام البينة بما يدعيه. هذا محصل كلامه، وعندي فيه نظر؛ لأن الذي يحلف عليه إنما هو الذي ادعى به قطعاً، والحال لا يخلو من أن تكون دعواه أنه أدى باشهاد أو بدونه، فان كانت دعواه الأول فلا شبهة في ثبوت ذلك باليمين المردودة، سواء قلنا هي كالاقرار أم كالبينة، ومتى أقر بذلك الآذن كان الرجوع مستحقا.

وإن كانت الدعوى الثاني، فان قلنا باستحقاق الرجوع بهذا الأداء، وكونه غير مقصر استحق الرجوع بتصديقه، وباليمين المردودة وإن قلنا:إنها كالإقرار. وإن قلنا بالعدم، وحكمنا بكونه مقصراً فلا رجوع، سواء اقر الآذن أو اثبت ذلك باليمين المردودة أو بالبينة، فلا يظهر لهذا الذي ذكره وجه أصلاً.

قوله: (ولو جحد الأصيل وصدّقه المستحق احتمل الرجوع؛ لسقوط المطالبة باقراره الذي هو اقوى من البينة وعدمه، اذ قول المستحق ليس حجة على الأصيل).

(أي: لو جحد الأصيل الدفع المأذون فيه، وصدق المأذون المستحق للدين

ولو كان الدفع بحضور الأصيل فلا ضمان، إذ التقصير ينسب اليه. ولا تفريط لو أشهد رجلاً وامرأتين، أو مستورين.

في القضاء والدفع، احتمل الرجوع على الأصيل)[1]؛ لأن المطلوب بالقضاء سقوط المطالبة وقد حصل ذلك بوجه اقوى، فان اقرار المستحق اقوى من البينة التي يمكن ظهور فسقها. وفيه نظر لمنع كون المطلوب بالقضاء ذلك. وإنما يراد به براءة الذمة ظاهراً وباطناً وعدمه، أي: واحتمل عدم الرجوع؛ لأن قول المستحق ليس حجة على الأصيل. وفيه نظر؛ لأن اثبات ذلك بقوله إنما هو من جهة سقوط المطالبة، لامن حيث كونه حجة عليه. والأصح عدم الرجوع لعدم تحقق ما يقتضي الرجوع، وهو الأداء المأذون فيه واقرار المستحق لا يحققه لامكان كذبه، وجواز المواطأة بين المستحق والأصيل بالصبر عليه الى مدة، واخذه الآن من المديون.

قوله: (ولو كان الدفع بحضور الأصيل فلا ضمان، اذ التقصير ينسب اليه).

هذا قسيم قوله أولاً: (فان كان في غيبة الآذن) أي: لو كان الدفع من المأذون ـ الذي سماه ضامناً ـ بحضور الأصيل، الذي هو الآذن، فلا ضمان عليه، حيث أنه غير مقصر بترك الاشهاد، اذ التقصير الآن ينسب الى الآذن؛ لأن أمره بالدفع وهو حاضر، وسكوته على ترك الاشهاد يؤذن برضاه به، فيكون هذا التقصير من قبله.

قوله: (ولا تفريط لو أشهد رجلاً وامرأتين، أو مستورين).

وذلك لأن الأموال تثبت بالرجلين اللذين قد حكم شرعا بعدالتهما، وكذا الرجل مع امرأتين كذلك. فلا يكون مقصراً بترك الاشهاد، اذ قد مهد طريق الاثبات. وكون الشاهدين في نفس الأمر فاسقين لايعد تقصيراً؛ لأن المكلف به هو العدالة ظاهراً.

---

(١) مابين القوسين لم يرد في «م».

وفي رجل واحد ليحلف معه نظر.

ولو اتفقا على الاشهاد وموت الشهود أو غيبتهم فلا ضمان.

ولو ادعاه الدافع فأنكر الأصيل الاشهاد تعارض أصلا عدم الاشهاد وعدم التقصير؛ لكن تأيد الأول بأصالة براءة ذمته عن حق الدافع.

غاية ما في الباب أنها لا تثبت إلا بالمعاشرة الباطنة، ومعلوم أنها لا يعلم بها ما في نفس الأمر، نعم لابد من كونها عدلين في نظر الشرع حين الاشهاد.

قوله: (وفي رجل واحد ليحلف معه نظر).

أي: وفي كونه مفرطاً لو أشهد رجلاً واحداً عدلاً ليحلف هو معه، عند الحاجة الى اثبات الدفع الى المستحق نظر ينشأ: من تمهيد طريق الاثبات بذلك، فان الدفع يثبت بالشاهد واليمين. ومن أنه لم يشهد اشهاداً مثبتاً، لأن الدفع لا يثبت بشاهد واحد. وفيه نظر؛ لأن الواجب هو تمهيد طريق الاثبات وهو حاصل بهذا، فان الاشهاد كذلك اذا انضم الى اليمين كان مثبتاً، لكن يرد عليه أن لو أمكنه الإثبات باليمين المردودة لم يعد مقصراً.

ولا يستبعد أن يقال: الواجب هو الاشهاد الذي يستقل الاذن باثبات الدفع به.

فان قيل: قد تغيب البينة أو تموت.

قلنا: هذا ليس بمقدور للمأذون، وإنما يخاطب بمقدوره.

قوله: (ولو اتفقا على الاشهاد، وموت الشهود، أو غيبتهم فلا ضمان).

لعدم التفريط حينئذٍ؛ لأن بقاء الشهود ليس مقدوراً له.

قوله: (ولو ادعاه الدافع فأنكر الأصيل الإشهاد، تعارض أصلا عدم الاشهاد، وعدم التقصير. لكن تأيد الأول بأصالة براءة ذمته عن حق الدافع).

الفصل الثاني: في الحوالة:

وهي عقد شُرع لتحويل المال من ذمة الى أُخرى.

وشروطها ثلاثة: رضى الثلاثة،

أي: لوادعى الاشهاد الدافع وهو المأذون، فأنكر الأصيل وهو الآذن تعارض أصلان: أصل عدم الاشهاد، وأصل عدم التقصير الموجب لعدم استحقاق الرجوع، لكن الأصل الأول متأيد بأصل آخر، وهو أصالة براءة ذمة الأصيل عن حق الدافع فان شغل ذمته لم يكن ثابتاً، وإنما يحدث بالقضاء المأذون فيه بالاشهاد، والأصل عدمه الى أن يثبت فيترجح جانب الاصيل، فيقدم انكاره باليمين.

قوله: (وهي عقد شرع لتحويل المال من ذمة الى ذمة أُخرى).

قيل: هذا صادق على الضمان بالمعنى الأخص، فانه عقد شرع لتحويل المال من ذمة الى اخرى؛ لأن المال ينتقل من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن.

والسبب في هذا التعريف، أن المصنف لما لم يشترط في الحوالة شغل ذمة المحال عليه، حاول في التعريف شموله لهذا القسم، أعني ماتكون ذمة المحال عليه فيه بريئة، فترك القيد بقوله: مشغولة بمثله. ويمكن دفعه بأن المراد عقد مخصوص شرع لكذا الى اخره.

قوله: (وشروطها ثلاثة).

المراد: شروط الصحة.

قوله: (رضى الثلاثة).

لأصحابنا قول: بأنه لايشترط رضى المحال عليه، ويلوح من المختلف الميل اليه[1]، والمشهور اشتراطه. ووجهه: أن نقل المال من ذمة المحيل الى ذمة المحال

---

(١) المختلف: ٤٣٢.

وعلمهم بالقدر، ولزوم الدين أو كونه صائراً اليه وعلم المحتال باعسار المحال عليه لو كان أو رضاه به بشرط اللزوم.

عليه تابع لرضاه.

ولا ريب في متانة دليل الأول، فإن التمسك بأصالة عدم الاشتراط، وبمنع كون الحوالة تقتضي النقل، بل هي ايفاء لما في ذمة الغير، فلا يقصر عن بيع ما في ذمة الغير. ولا يشترط فيه الرضى، إلا أن الشهرة، ونقل الشيخ الاجماع[١] مرجح للاشتراط. وهذا كله اذا كانت الحوالة على مشغول الذمة، أما على البريء فلابد من رضاه قطعاً.

قوله: (وعلمهم بالقدر).

لأن الحوالة إن كانت بيعاً فظاهر، وإن كانت استيفاء فلا بد من العلم، إذ لا يمكن استيفاء المجهول. واحتمل في التذكرة صحة الحوالة بالمجهول، ويلزم ما تقوم به البينة كما في الضمان[٢]، والمشهور الأول.

قوله: (ولزوم الدين أو كونه صائراً اليه).

في اشتراط هذا، مع القول بأن الحوالة على بريء الذمة جائزة نظر.

قوله: (وعلم المحتال باعسار المحال عليه، لو كان، أو رضاه به شرط اللزوم).

أي: ليس هذا شرطاً للصحة، فمتى لم يعلم بالإعسار ثم ظهر وجوده حال العقد فله الفسخ، لرواية منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام[٣].

---

(١) الخلاف ٢: ٧٧ مسألة ٢، كتاب الحوالة.

(٢) التذكرة ٢: ١٠٧.

(٣) الكافي ٥: ١٠٤ حديث ٤، التهذيب ٦: ٢١٢ حديث ٤٩٨.

وهل يشترط شغل ذمة المحال عليه بمثل الحق للمحيل؟ الأقرب عدمه، لكنه أشبه بالضمان، ولا يجب قبولها وإن كانت على ملي، فإن قبل لزم، وليس له الرجوع وإن افتقر.

قوله: (وهل يشترط شغل ذمة المحال عليه بمثل الحق للمحيل؟ الأقرب عدمه، لكنه أشبه بالضمان).

إختلف كلام الأصحاب في اشتراط شغل ذمة المحال عليه بدين المحيل لتصح الحوالة، فجوزها الشيخ بدون الشغل تارة[1]، ومنع اخرى[2]. والأقرب عند المصنف عدم الاشتراط؛ تمسكاً بأصل الجواز وأصل عدم الاشتراط، وهذا إنما يجري على القول بأن الحوالة استيفاء أما على القول بانها بيع فلا.

وعلى الاقرب فعقد الحوالة أشبه شيء بالضمان؛ لأن كل واحد منهما اقتضى نقل المال من ذمة مشغولة الى ذمة بريئة، فكان المحال عليه بقبوله لذلك ضامن لدين المحتال على المحيل.

قوله: (ولا يجب قبولها وإن كانت على ملي).

لأن الواجب أداء الدين، وليست الحوالة اداء، وإنما هي نقل الدين من ذمة الى ذمة[3]، فيمتنع بدون رضى صاحبه، خلافاً لاحمد[4].

قوله: (فان قبل لزم، وليس له الرجوع وإن افتقر).

لأن الحوالة موجبة للبراءة من الحق، فلا يعود إلا بسبب، ولرواية عقبة بن جعفر، عن أبي الحسن عليه السلام[5]، خلافا لبعض العامة[6].

---

(١) المبسوط ٢: ٣١٣، الخلاف ٢: ٧٧ مسألة ٣ كتاب الحوالة.

(٢) المبسوط ٢: ٣١٦.

(٣) في «ق»: نقل من الذمة الى الذمة.

(٤) المغني لابن قدامة ٥: ٦١.

(٥) التهذيب ٦: ٢١٢ حديث ٥٠١.

(٦) انظر: المغني لابن قدامة ٥: ٥٩.

ولو ظهر له فقره حال الحوالة تخيّر في الفسخ.

وهل يتخير لو تجدد اليسار والعلم بسبق الفقر؟ اشكال.

وهي ناقلة، فيبرأ المحيل عن دين المحتال وإن لم يبرئه المحتال على رأي،

قوله: (ولو ظهر له فقره حال الحوالة تخيّر في الفسخ).

لرواية منصوربن حازم، عن الصادق عليه‌السلام، ولوجود المقتضي للخيار.

قوله: (وهل يتخير لو تجدد اليسار والعلم بسبق الفقر؟ اشكال).

أي: لو أُحيل على شخص فاحتال عليه، وكان معسراً ولم يعلم باعساره حتى تجدد له اليسار، فهل يتخير في الفسخ أم لا؟ فيه اشكال ينشأ: من أن المقتضي له هو العيب بالفقر وقد زال فيزول الحكم.

ومن أن الخيار قد ثبت من حين العقد، والأصل بقاؤه. وهذا اظهر، فان المقتضي ليس هو العيب في الجملة بالفقر، بل العيب بالفقر وقت الحوالة وهذا لم ينتف، فيبقى حكمه وهو ثبوت الفسخ.

قوله: (وهي ناقلة، فيبرأ المحيل عن دين المحتال، وإن لم يبرئه المحتال على رأي).

هذا مذهب إبن ادريس[١]، وهو المشهور، وعليه الفتوى، لأن نقل الحق بالحوالة يقتضي عدم الاحتياج الى الإبراء. وقال الشيخ: لايبرأ إلا أن يبرئه[٢]، محتجا برواية زرارة في الحسن عن الصادق عليه‌السلام «وإن لم يبرئه فله أن يرجع على الذي احاله»[٣]. ويمكن تنزيلها على ما اذا ظهر إعسار المحال عليه وقت الحوالة، جمعاً بين الادلة.

---

(١) السرائر: ١٧٣.

(٢) النهاية: ٣١٦.

(٣) الكافي ٥: ١٠٤ حديث ٢، التهذيب ٦: ٢١١ حديث ٤٩٦.

ويتحول حقه الى ذمة المحال عليه، ويبرأ المحال عليه عن دين المحيل.

وتصح على من ليس عليه حق، أو عليه مخالف على رأي.

قوله: (ويتحول حقه الى ذمة المحال عليه، ويبرأ المحال عليه عن دين المحيل).

هذا مما يتفرع على قوله: (وهي ناقلة) فهو من تتمة التفريع، ووجهه أنه متى انتقل الحق من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه، صار ما في ذمته حقاً للمحتال، فامتنع بقاؤه على ملك المحيل.

قوله: (وتصح على من ليس عليه حق، أو عليه مخالف على رأي).

قد سبق صحتها على من ليس عليه حق، والكلام هنا إنما هو في من عليه مخالف، والمخالف فيه الشيخ رحمه‌الله، قال في المبسوط: لا تصح الحوالة إلا بشرطين: اتفاق الحقين في الجنس والنوع والصفة، وكون الحق مما يصح فيه أخذ البدل قبل قبضه؛ لأنه لا تجوز الحوالة بالمسلم فيه، لأنه لا تجوز المعاوضة عليه قبل قبضه[١].

وتبعه ابن البراج[٢]، وابن حمزة[٣]، والمعتمد عدم اشتراط ما ذكره تمسكاً بالأصل، وبعموم (اوفوا بالعقود)[٤] وبأن الحوالة إن كانت استيفاء فظاهر، فان إيفاء الدين بغير جنسه جائز مع التراضي، وإن كانت بيعاً فاظهر.

وما ذكره في مال السلم ونحوه مبني على عدم جواز الاستبدال عنه قبل القبض، وهو ضعيف، مع أن الحوالة استيفاء لا معاوضة كما سيأتي.

---

(١) المبسوط ٢: ٣١٣.

(٢) لم نجده في مظانه، وقال السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٥: ٤١٠: حكي عنه ذلك.

(٣) الوسيلة: ٣٢٩.

(٤) المائدة: ١.

ويصح ترامي الحوالات، ودورها، والحوالة بما لا مثل له، وبالثمن في مدة الخيار، وبمال الكتابة بعد حلول النجم، وقبله على اشكال.

قوله: (ويصح ترامي الحوالات ودورها).

تمسكاً بالأصل، وعموم (اوفوا بالعقود). والمراد بترامي الحوالات: وقوع الحوالة من المحال عليه على آخر من غير تقييد بغاية مخصوصة، فلو أحال المديون زيداً على عمرو، ثم أحال عمرو زيداً على بكر، ثم أحال بكر زيداً على خالد جاز، وهكذا لثبوت الدين في كل مرتبة وتحقق الشروط.

ومتى أحال المحال عليه بريء كالأول، وقد علم أن المحتال واحد والمحيل والمحال عليه متعدد. والمراد بـ (دورها): عودها الى المحيل الأول، ففي المثال يحيل خالد على المديون الأول، فان كانت ذمته مشغولة بمثل ذلك الدين لخالد فلا بحث في الصحة، وإلا فعلى ما اخترناه من جواز الحوالة على البريء، وعلى من عليه مخالف يجوزهنا لو كان أحدهما.

قوله: (والحوالة بما لا مثل له).

المراد به الحوالة بالقيمي، فانه الذي لا مثل له، وهذا بناء على أن الواجب في القيمي مثله، ثم ينتقل الى القيمة المتعذر حيث أنه لا مثل له، وإن كان المذهب أن الواجب فيه من أول الأمر القيمة، لكن المصنف أراد ثبوت صحة الحوالة فيه، وإن قلنا: أن الواجب فيه هو المثل ثم ينتقل الى القيمة، لأن الوصول الى الحق ممكن بالمثل، وبالقيمة فيما لا مثل له، ومتى أمكن الوصول الى الحق فلا مانع من صحة الحوالة.

قوله: (وبالثمن في مدة الخيار).

لأنه حق ثابت آئل الى اللزوم، وتزلزله لا ينافي نقله الى ذمة اخرى ولا استيفاؤه.

قوله: (وبمال الكتابة بعد حلول النجم، وقبله على إشكال).

أما بعد حلول النجم فلأنه مال ثابت في ذمة المكاتب، فصحت الحوالة به

ولو أحال المكاتب سيده بثمن ما باعه جاز، ولو كان له على اجنبي دين فأحال عليه بمال الكتابة صح؛ لأنه يجب تسليمه.

ولو قضى المحيل الدين بمسألة المحال عليه رجع عليه، وإن تبرع لم يرجع ويبرأ المحال عليه.

على العبد. وأما قبله فاشكال عند المصنف، وقوّى في التذكرة الجواز[1]، ومنع الشيخ من الحوالة به على العبد، واطلق لجواز تعجيز نفسه فلا يمكن الزامه بالأداء[2].

ومنشأ الاشكال الذي ذكره المصنف: من جواز تعجيز نفسه، وامكان موته قبل حلول النجم، فيظهر عدم الاستحقاق. ومن أنه مال ثبت بعقد لازم، ويمنع جواز تعجيز نفسه، ولو سلّم فلا ينقص حاله عن الثمن في مدة الخيار، والأصح الجواز مطلقاً.

ولو أحال المكاتب السيد على انسان بمال الكتابة صحت الحوالة عندنا، وعند كثير من العامة[3]، ذكره المصنف في التذكرة[4]، وهو المراد من قوله: (ولو احال المكاتب سيده بثمن ماباعه جاز).

وكذا قوله: (ولو كان له على اجنبي دين فأحال عليه بمال الكتابة صح) لأنه يجب تسليمه، وقد كان هذا الاخير مغنياً عما قبله، لأن الدين شامل للثمن وغيره.

قوله: (ولو قضى المحيل الدين بمسألة المحال عليه رجع عليه، وإن تبرع لم يرجع ويبرأ المحال عليه).

أي: بعد صحة الحوالة، وتحول الدين من ذمة المحيل ـ الذي هو المديون ـ

---

(١) التذكرة ٢: ١٠٧.

(٢) المبسوط ٢: ٣٢٠.

(٣) انظر: المجموع ١٣: ٤٢٧.

(٤) التذكرة ٢: ١٠٧.

ولو طالب المحال عليه المحيل بما قبضه المحتال، فادعى شغل ذمته قدم قول المنكر مع اليمين.

ولو احتال البائع ثم ردت السلعة بعيب سابق، فإن قلنا: الحوالة استيفاء بطلت؛ لأنها نوع ارفاق، فاذا بطل الأصل بطلت هيئة الارفاق،

الى ذمة المحال عليه، والحكم ببراءة ذمة المحيل لو أن المحيل قضى الدين الذي أحاله به، فان كان ذلك بمسألة المحال عليه على وجه يقتضي الرجوع رجع عليه، لأنه أوفى دينه بمسألته المقتضية للرجوع.

وإن تبرع أي: لم يكن بمسألته، فان ذلك يعد تبرعاً، وإن لم يقصد التبرع لم يرجع عليه أصلاً، ويبرأ المحال عليه من الدين.

قوله: (ولو طالب المحال عليه المحيل بما قبضه المحتال، فادعى شغل ذمته، قدم قول المنكر مع اليمين).

أي: لو أحال المديون على غيره، وقبل وأدى الدين، فطالب المحال عليه (المحيل بما قبضه المحتال، فادعى المحيل شغل ذمة المحال عليه)[1] بمثل ما ادى فانكر قدم قوله باليمين؛ لأنه منكر للدين، والحوالة لاتقتضي شغل الذمة على الأصح، ولو قلنا باقتضائها ذلك، فالاصل براءة ذمة المنكر فيحلف.

فان قيل: الأصل صحة الحوالة فيتعارضان.

قلنا: سيأتي ان شاء الله تعالى بيان عدم الاعتداد بهذا الأصل عن قريب.

فرع: لا يرجع المحال عليه مع براءة ذمته إلا بعد الأداء لأن الحوالة حينئذ في معنى الضمان .

قوله: (ولو احتال البائع ثم ردت السلعة بعيب سابق، فان قلنا: الحوالة استيفاء بطلت؛ لأنها نوع ارفاق، فاذا بطل الأصل بطلت هيئة

---

(١) مابين القوسين لم يرد في «م».

كما لو اشترى بدراهم مكسرة فأعطاه صحاحاً، ثم فسخ فإنه يرجع بالصحاح.

الارفاق، كما لو اشترى بدراهم مكسرة فاعطاها صحاحا ثم فسخ، فانه يرجع بالصحاح).

أي: لو احتال البائع بالثمن من المشتري على ثالث، ثم رد المشتري السلعة بوجود عيب سابق على العقد، بني الحكم على أن الحوالة استيفاء أو بيع أو اعتياض. فان قلنا بالأول بطلت؛ لأن الحوالة على هذا التقدير نوع إرفاق، ومسامحة للمديون بجعل ما في ذمة غيره وفاء لما في ذمته.

فاذا بطل الأصل ـ وهو الدين الذي وقع الارفاق بايفاء ما في ذمة الغير عنه ـ بطلت هيئة الإرفاق التابعة له، لامتناع بقاء التابع بعد زوال المتبوع.

وإنما قلنا: إن تلك الهيئة تابعة للدين، لأنها هيئة للايفاء التابع للدين قطعاً على القول المفروض، وهذا كما لو اشترى بدراهم مكسرة شيئا، ثم دفع عنها صحاحا تطوعا، ثم رد بالعيب فانه يسترد الصحاح.

ولايقال: يطالب بمثل المكسرة، ليبقى التبرع بصفة الصحة، وإن كان لولا الفسخ لكان هذا الدفع لازماً. قال في شرح الارشاد في بيان وجهي بطلان الحوالة بفسخ البيع وعدمه ما محصله: إن الحوالة تابعة للبيع، فاذا بطل بطلت، لامتناع بقاء التابع بعد زوال[1] متبوعه، ووجه العدم أنها ناقلة للمال على وجه لازم، فلا يزيل ذلك الفسخ الطارئ.

والتحقيق: أن الحوالة اقتضت مقابلة المال المحال به لما في ذمة المديون، فاما مقابلة معاوضة على أن أحدهما عوض عن الاخر، أو تعيين الحق الذي في ذمة المحيل، وليس هنا قسم ثالث بل القسمة حاصرة.

بل المحال به: إما تعيين للدين، كما يعين في أي جهة كانت من جهات

---

(١) في «م»: بزوال.

وإن قلنا: انها اعتياض لم تبطل، كما لو استبدل عن الثمن ثوباً ثم رد بالعيب فإنه يرجع بالثمن لا الثوب، فللمشتري الرجوع على البائع خاصة إن قبض ولا يتعين المقبوض،

القضاء، أو تملك له في مقابل الاخر على جهة الاعتياض، ولا يخفى ضعف كونه معاوضة فتعين الاخر.

قوله: (وإن قلنا: أنها اعتياض لم تبطل، كما لو استبدل عن الثمن ثوباً، ثم رد بالعيب فانه يرجع بالثمن لا الثوب).

أي: وإن قلنا: ان الحوالة عقد مقصود به مقابلة أحد العوضين بالآخر، على جهة الاعتياض فيكون بيعاً، لم تبطل، كما لو استبدل عن الثمن المقبوض ثوباً، بان باع احدهما بالاخر، ثم رد المشتري المبيع بالعيب فانه يرجع بمثل الثمن ـ لأن الثمن قد صار ملكا للآخر ـ لا بالثوب؛ لأنه مملوك بمعاوضة مستقلة.

ومما يدل على أن الحوالة استيفاء: أنها لو كانت اعتياضاً وبيعاً لكانت بيع دين بدين، ولما جازت في النقود إلا مع التقابض قبل التفرق، ولوجب على المحيل تسليم ما احال به، كما يجب على البائع تسليم المبيع، فلا يبرأ بمجرد الحوالة، وكل اللوازم باطلة، فظهر أن القول بأنها استيفاء اقوى.

قوله: (فللمشتري الرجوع على البائع خاصة إن قبض).

هذا تفريع على القول بأنها اعتياض، أي: ـ فعلى هذا ـ للمشتري الرجوع على البائع بالدين المحال به، لأنه قد صار ملكاً له بالحوالة التي هي بيع خاصة، أي: لا على المحال عليه. كما لو باع ما في ذمته بعوض، ثم طرأ البطلان على المعاوضة الجارية على ذلك العوض، وقد قبض الدين المبيع فانه يرجع على البائع لا على المديون. هذا إن كان قد قبض ذلك الدين، فان لم يكن قد قبض فسيأتي.

قوله: (ولا يتعين المقبوض).

أي: على تقدير قبض البائع ما احيل به، ثم فسخت المعاوضة بالعيب

وإن لم يقبضه فله قبضه.

وهل للمشتري الرجوع قبل قبضه؟ فيه اشكال ينشأ: من أن الحوالة كالقبض ولهذا لا يحبس البائع بعدها السلعة، ومن أن التغريم للمقبوض ولم تحصل حقيقته،

لا يتعين ذلك المقبوض للمشتري؛ لأنه مملوك للبائع بعقد معاوضة بالاستقلال، بل الواجب مثله.

قوله: (وإن لم يقبضه).

هذا فرع آخر على كون الحوالة بيعاً، أي: وإن لم يكن البائع قد قبض ما احيل به، ثم طرأ الفسخ بالعيب فله قبضه، لأنه ملكه بمعاوضة مستقلة.

قوله: (وهل للمشتري الرجوع قبل قبضه؟ فيه إشكال ينشأ: من أن الحوالة كالقبض، ولهذا لا يحبس البائع بعدها السلعة، ومن ان التغريم للمقبوض ولم تحصل حقيقته).

إذا فسخ المشتري بالعيب، ولم يكن البائع قد قبض ما احيل به عن الثمن، فبناء على أن الحوالة بيع هل للمشتري الرجوع على البائع بمثل المال المحال به؟ فيه إشكال عند المصنف ينشأ: من أن الحوالة كالقبض بدليل ان البائع اذا احيل بالثمن وقبل لم يكن له حبس السلعة، ولولا أنه كالقبض لم يكن له ذلك، فانه يجوز له الحبس الى أن يقبض بغير خلاف. ومن أن أخذ العوض من البائع إنما هو عن المقبوض، والى الان لم يحصل القبض حقيقة وإن حصل ما يقوم مقامه.

وليس هذا بشيء، لأن البائع حيث ملك المحال به بالحوالة ـ التي هي بيع ـ خرج ذلك عن كونه ملكاً للمشتري، فلابد أن يثبت عوضه في ذمة البائع، حيث حصل الفسخ وثبت التراد في العوضين، ولا أثر للقبض وعدمه في ذلك.

(ولا يخفى أن التغريم)[1] ليس للمقبوض، بل لما ثبت في ذمة البائع بدلاً

---

(١) في «م»: ولأن التغريم.

فإن منعنا الرجوع فهل للمشتري مطالبته بتحصيل الحوالة ليرجع؟ اشكال.

وعلى تقدير البطلان لا يرد البائع الى المحال عليه، بل الى المشتري، ويتعين حقه فيا قبضه،

عن الدين الذي كان ملكا للمشتري. ومن هذا يعلم أن توجيه الشق الأول من شقي الاشكال، بكون الحوالة كالقبض -في كلام المصنف- ضعيف، والصحيح ما قلناه، والأصح أن له الرجوع في هذه الحالة لوقلنا بأن الحوالة اعتياض.

قوله: (فان منعنا الرجوع، فهل للمشتري مطالبته بتحصيل الحوالة ليرجع؟ إشكال)

أي: فان منعنا رجوع المشتري على البائع حيث حصل الفسخ، ولم يكن قبض الى أن يقبض، فهل للمشتري مطالبة البائع بتحصيل الحوالة، أي: يقبض المال المحال به ليرجع عليه؟ إشكال عند المصنف ينشأ: من أنه ليس للانسان قهر غيره على قبضه حقه، والحوالة حق للبائع.

ولأن وجوب التغريم متوقف على القبض، واستحقاق المطالبة متوقف على وجوب التغريم، فلو توقف وجوب القبض على استحقاق المطالبة لزم الدور. ومن أنه لولا ذلك لأمكن معاندة البائع إياه بتأخير قبض حقه، فيؤدي الى ضياع ماله، وهو ضرر منفي بقوله عليه السلام: «لاضرر ولاضرار»[1].

ولا يخفى ضعف هذا الاشكال، فان للمشتري الرجوع وإن لم يقبض البائع كما قدمناه. لكن تفريعاً على الوجه الآخر -الثاني من شقي الاشكال- ضعيف؛ لأن ايجاب قبض مال الانسان عليه، ليترتب عليه حق لغيره لم يكن قبل ذلك ضرر، والضرر لا يزال بالضرر.

قوله: (وعلى تقدير البطلان لا يرد البائع على المحال عليه، بل يرد على المشتري، ويتعين حقه فيا قبضه).

هذا تفريع على أن الحوالة استيفاء، رجع اليه بعد الفراغ من التفريع على

---

(١) الكافي ٥:٢٩٢ حديث ٢، الفقيه ٣:١٤٧ حديث ٦٤٨، التهذيب ٧:١٤٦ حديث ٦٥١.

فإن تلف فعليه بدله، وإن لم يقبضه فلا يقبضه، فإن قبضه فهل يقع عن المشتري؟ يحتمل ذلك؛ لأنه كان مأذوناً في القبض بجهة، فاذا بطلت بقي أصل الاذن. والأصح العدم؛ لأن الاذن الذي كان ضمناً لا يقوم بنفسه. والوكالة عقد مخالف للحوالة،

أنها اعتياض. وصورته: أن البائع اذا قبض من المحال عليه ثم طرأ الفسخ، فبناء على بطلان الحوالة - لكونها استيفاء لما امتنع الاستيفاء عنه - لا يجوز للبائع أن يرد ذلك المقبوض الى المحال عليه؛ لأنه مال للمشتري قد تعين بالقبض عن الدين الذي كان عليه كونه له، وإلا لامتنع وقوعه عن دينه، فلا يزول ذلك بزوال الدين، فيرده على المشتري، ويتعين حق المشتري في ذلك الذي قبضه البائع لما قلناه.

قوله: (فان تلف فعليه بدله).

لأنه قبضه بدلاً عن ماله - الذي هو الثمن - فيكون مضموناً.

قوله: (وإن لم يقبضه فلا يقبضه).

أي: وإن لم يكن البائع قد قبض مال الحوالة، حتى طرأ الفسخ فلا يقبضه الآن لخروجه عن الاستحقاق، لامتناع الاستيفاء بعد سقوط الدين.

قوله: (فإن قبضه فهل يقع عن المشتري؟ يحتمل ذلك، لأنه كان مأذونا في القبض بجهة، فاذا بطلت بقي أصل الاذن. والأصح العدم، لأن الاذن الذي كان ضمناً لايقوم بنفسه، والوكالة عقد مخالف للحوالة).

أي: فان قبض البائع مال الحوالة في هذه الحالة - وهي طروء الفسخ قبل قبضه إياه، وقد منعناه منه - فلا يقع له قطعاً، اذ لا استحقاق له. لكن هل يقع عن المشتري بحيث يتعين له بهذا القبض؟ فيه احتمالان:

أحدهما: نعم؛ لأنه كان مأذونا في القبض، بجهة مخصوصة وهي الحوالة، فاذا بطلت بقي أصل الإذن، نظراً الى أن الخاص إذا ارتفع يبقى العام. وأصحهما عند المصنف العدم، وهو الأصح؛ لأن الاذن العام إنما كان في ضمن الإذن

بخلاف ما لو فسدت الشركة والوكالة فإن الاذن الضمني يبق ويصح التصرف، ولأن المحتال يقبض لنفسه بالاستحقاق لا للمحيل بالاذن وهما مختلفان، فبطلان أحدهما لا يفيد حصول الآخر ، وفي الشركة يتصرف بالاذن فاذا بطل خصوص الاذن بقي عمومه.

الخاص، والإذن الضمني لا يقوم بنفسه، فيرتفع بارتفاع ما يضمنه.

ومعنى قوله: (والوكالة عقد مخالف للحوالة) أنه لوثبت الإذن في القبض هنا لكان وكالة؛ لأنه استنابة في القبض من المالك. فان الذي يحاوله ـ من يجوز القبض هنا ـ إنما هو القبض عن المشتري، وليس لهذه الوكالة ما يقتضيها الا الحوالة، ومعلوم انهما عقدان مختلفان لا يقتضي أحدهما الآخر.

قوله: (بخلاف ما لو فسدت الشركة والوكالة، فان الاذن الضمني يبق ويصح التصرف؛ لأن المحتال يقبض لنفسه بالاستحقاق لا للمحيل بالاذن وهما مختلفان، فبطلان أحدهما لا يفيد حصول الآخر، وفي الشركة يتصرف بالاذن، فاذا بطل خصوص الاذن بقي عمومه).

أشار بقوله: (بخلاف) الى جواب سؤال مقدر صورته: أنه كيف انتفى الاذن في قبض المال المحال به بطروء بطلان الحوالة، مع أن الاذن في التصرف يبقى في الوكالة والشركة الفاسدتين، كما لو وكله في التصرف إذا جاء رأس الشهر، وشاركه على الاستواء في الربح واختصاص أحدهما بالخسران، فيعتبر الاذن الضمني فيهما ويحكم ببقائه؟

والجواب: الاختلاف بينهما وبين الحوالة، لأن المحتال يقبض لنفسه بالاستحقاق (لا للمحيل بالاذن، وهما أي: قبضه لنفسه بالاستحقاق)[1] وقبضه للمحيل بالاذن مختلفان؛ لأن أحدهما حوالة والآخر وكالة، فبطلان أحدهما لا يفيد حصول الآخر قطعاً، إذ من المعلوم البيّن أن الحوالة لم تتضمن التوكيل، كما أن

---

(١) ما بين القوسين لم يرد في «ق».

ولو أحال البائع رجلاً على المشتري فالأقرب عدم بطلان الحوالة بتجدد الفسخ؛ لتعلق الحوالة بغير المتعاقدين، سواء قبض أو لا.

البيع لم يتضمنه. فاذا بطلت الحوالة توقف ثبوت الوكالة على مقتضٍ له كما في الشركة والوكالة.

واقتصر المصنف على الشركة إيثاراً للاقتصار، واعتماداً على حصول المراد بذكرها، فانه يتصرف بالاذن حيث استنابه في التصرف، فاذا بطل خصوص الاذن لفساد العقد بقي عمومه، هذا محصل كلامه.

والحق أن الذي يتحصل مما ذكره، هو أن بقاء الاذن في التصرف في الوكالة والشركة اذا فسدت، أقرب من ثبوت الوكالة بفساد الحوالة (لشدة البعد بينهما)[1].

أما صحة بقاء الاذن الضمني فيها، بحيث يحكم بجواز التصرف بمجرد ادعاء بقاء عموم الاذن فليس بظاهر؛ لامتناع بقاء الضمني بعد ارتفاع المطابقي، إلا بدليل يدل عليه غير كونه ضمنياً.

واعلم أن اللام في قوله: (لأن المحتال) تتعلق بالنسبة بين قوله: (بخلاف) وبين المحذوف، والذي تقديره: وهذا بخلاف ما لو فسدت الشركة الى آخره، ونحوه.

قوله: (ولو أحال البائع رجلاً على المشتري فالأقرب عدم بطلان الحوالة بتجدد الفسخ؛ لتعلق الحوالة بغير المتعاقدين، سواء قبض أو لا).

أي: لو انعكس الفرض، بان أحال البائع رجلاً آخر بدين له على المشتري بثمن المبيع، وبعد استكمال الحوالة فسخ المشتري بالعيب، فالأقرب عند المصنف عدم بطلان الحوالة هنا بتجدد الفسخ، لتعلق الحوالة بغير المتعاقدين، حيث أن الثمن صار مملوكاً للمحتال الاجنبي عوض دينه الذي على البائع، فلا يبطل

---

(١) مابين القوسين لم يرد في «م».

ولو فسد البيع من أصله بطلت الحوالة في الصورتين، ويرجع المشتري على من شاء من المحتال والبائع.

حقه بطروء الفسخ، كما لو باع الثمن البائع لشخص آخر.

بخلاف ما سبق، فان الحوالة ثم إنما كانت طريقاً لاستيفاء البائع الثمن، فلم يتعلق به حق ثالث، وهذا هو الأصح، ونقل الشيخ فيه الاجماع[1] حكاه الشارح[2]. ولا فرق في ذلك بين أن يقبض وعدمه كما هو ظاهر، لانتقال الملك بدون القبض.

ويحتمل ضعيفا البطلان؛ لأن استحقاق المحتال فرع استحقاق المحيل، وقد بطل استحقاق المحيل، فيبطل استحقاق المحتال، وضعفه ظاهر؛ لأن فرعه وقت الحوالة لا مطلقاً.

قوله: (ولو فسد البيع من أصله بطلت الحوالة في الصورتين).

أي: في صورة حوالة المشتري البائع على ثالث، وفي صورة حوالة البائع (ثالثا)[3] على المشتري.

ووجهه: أن الحوالة فرع ثبوت الثمن، ومع فساد البيع لا ثمن. وقد كان الاحسن أن يقول: ولو فسد البيع فالحوالة باطلة، اذ لم يطرأ بطلانها.

وربما يتخيل أن قوله: (في الصورتين) يراد بها كون الحوالة استيفاء، وكونها اعتياضا، وليس كذلك، اذ لا يقال: لها صورتان بل قولان، فلو أرادهما لقال على القولين. وأيضاً فان ما ذكرناه أشمل، فان البطلان في الصورتين يعم القولين.

قوله: (ويرجع المشتري على من شاء من المحتال والبائع).

لأن كل واحد منهما متصرف في ماله بغير حق، أما المحتال فظاهر، حيث

---

(١) الخلاف ٢:٧٧ مسألة ٤ كتاب الحوالة.

(٢) ايضاح الفوائد ٢:٩٦.

(٣) لم ترد في «ق».

فروع :

أ: لو أحال بثمن العبد على المشتري، وصدّق الجميع العبد على الحرية بطلت الحوالة، ويرد المحتال ما أخذه على المشتري، ويبقى حقه على البائع. وإن كذبها المحتال وأقام العبد بينة، أو قامت بينة الحسبة فكذلك.

وليس للمتبايعين اقامتها لتكذيبها بالمبايعة إلا مع إمكان الجمع كادعاء البائع عتق وكيله، وادعاء المشتري عتق البائع مع جهله.

وضع يده على المال. وأما البائع فلأنه أوفاه للمحتال عما في ذمته، فقبضه منسوب اليه بل أقوى، ولهذا يمنع من حبس المبيع بعد الحوالة بالثمن.

قوله: (وإن كذبها المحتال، وأقام العبد بينة، أو قامت بينة الحسبة فكذلك).

أي: إن كذب المحتال البائع والمشتري في كون العبد المبيع حراً، فإما أن تكون هناك بينة بالحرية أو لا. وفي الأول إما أن يقيمها العبد أو تقوم بنفسها حسبة لله، أي: قيامه بالواجب من دفع المنكر وإقامة المعروف، فتشهد عند الحاكم من دون دعوى مدع، فان ذلك جائز محافظة على دفع المنكر.

أو يقيمها المتبايعان، فان أقامها العبد أو قامت بنفسها فكذلك، أي: كان الحكم كذلك الذي سبق في بطلان الحوالة، ووجوب رد ما أخذه المحتال على المشتري لأنه لا يستحقه.

قوله: (وليس للمتبايعين إقامتها، لتكذيبها بالمبايعة، إلا مع امكان الجمع، كادعاء البائع عتق وكيله وادعاء المشتري عتق البائع مع جهله).

هذا هو القسم الثالث من أقسام الشق الأول، وهو أن يقيم البينة المتبايعان، وحكمه أنه ليس لهما ذلك ولا يصح منهما؛ لأنهما قد كذباها بالتبايع،

ولو فقدت البينة فلهما احلافه على نفي العلم، فيأخذ المال من المشتري.

اذا التبايع يقتضي كون المبيع مملوكاً للبائع، فبيع أحدهما وشراء الآخر مقتضٍ للاعتراف بالرقية.

وكل من كذب بينته بقول أو فعل لاتسمع منه إقامتها اتفاقاً، وحين إقامتها منهما أو من أحدهما فهي بينة وإن انتفع بها العبد؛ لأنها حينئذ لإثبات دعواه، وهذا ما لم يظهرا ما يمكن معه الجمع بين فعلهما ـ أعني التبايع ـ وبين الحرية بحيث لايكون اعتقادهما كون البيع حقيقيا، جارياً على مملوك منافياً للحرية بحسب الواقع.

أما لو أظهراه كما لو ادعى البائع عتق وكيله، وعدم علمه بوقوع العتق وقت البيع، فان هذا مصحح لدعواه. وكما لو ادعى المشتري عتق البائع مع جهله، ثم تجدد له العلم بعد البيع فانه مصحح لدعواه.

وكما لو ادعى البائع والمشتري عتق وكيل البائع (والمشتري)[1] وهما لايعلمان، فانه مصحح لدعواهما، فان البينة تسمع حينئذ لاندفاع المناقضة.

قوله: (ولو فقدت البينة فلهما إحلافه على نفي العلم، فيأخذ المال من المشتري).

أي: ولو لم يكن لهما بينة، فلهما[2] إحلاف المحتال على نفي العلم بالعتق لو ادعيا عليه العلم، فاذا حلف أخذ المال من المشتري؛ لأنه المحال عليه.

لكن هل يشترط في صحة الدعوى وطلب حلفه على نفي العلم، إظهار ما به يندفع التنافي ويمكن الجمع أم لا؟ عبارة المصنف هنا محتملة وإن كانت أظهر في اشتراط ذلك، حيث أنه بناه على فقد البينة، ووجود البينة إنما يعتد به بالنسبة اليهما بعد إظهار ما يدفع التنافي.

---

(١) لم ترد في «ق».

(٢) في «ق»: فان لهما.

وفي رجوع المشتري على البائع اشكال، ينشأ: من أن المظلوم يرجع على من ظلمه، ومن أنه قضى دينه بإذنه.

وفي التذكرة صرح: بأنه لو نكل المحتال حلف المشتري، قال: ثم إن جعلنا اليمين المردودة كالاقرار بطلت الحوالة، وإن جعلناها كالبينة فالحكم كما لولم يحلف، لأنه ليس للمشتري إقامة البينة[1]، هذه عبارته وفيها كلامان: هذا أحدهما، أعني تحليف المحتال، ومع نكوله فالمشتري، وإن لم يظهر العذر الرافع للتنافي.

الثاني: أنه حكم بحلفه على كل حال، ويكون وجود اليمين كعدمها على تقدير أن المردودة كالبينة، فلا يكون لهذه اليمين فائدة أصلا على هذا التقدير.

والمعروف أن من كذب إقراره دعواه لا تسمع دعواه أصلا، فينبغي تحقيق ذلك.

قوله: (وفي رجوع المشتري على البائع إشكال ينشأ: من أن المظلوم يرجع على مَنْ ظلمه، ومن أنه قضى دينه باذنه).

إذا حلف المحتال على نفي العلم بالعتق، أخذ المال المحال به من المشتري، وهل يرجع به المشتري على البائع؟ فيه إشكال ينشأ: من أن الظالم للمشتري بزعمه إنما هو المحتال، حيث يقول: إن المبيع حر، والمظلوم إنما يرجع على من ظلمه لا على غيره. ومن أنه قضى دينه باذنه، فان الحوالة تقتضي الاذن في القضاء، فاذا بطلت لم يرتفع عموم الإذن، وفيه نظر يعلم مما سبق.

والأصح أن له الرجوع من حيث أنه قضى دينه باذن شرعي، فلا يكون تبرعا، وكيف يكون كذلك وهو واجب عليه شرعا، وربما اجبره الحاكم عليه، وليس ذلك بابلغ من إطعام المضطر والرجوع عليه.

---

(١) التذكرة ٢: ١١٠.

ولو صدقهما المحتال وادعى ان الحوالة بغير الثمن صدق مع اليمين؛ لأن الأصل صحة الحوالة،

قوله: (ولو صدقهما المحتال، وادعى أن الحوالة بغير الثمن صدق مع اليمين؛ لأن الأصل صحة الحوالة).

أي: لو صدق المحتال البائع والمشتري على أن العبد حر، وادعى أن الحوالة بغير الثمن فقد اختلفا في صحة الحوالة وفسادها، والأصل في العقود الصحة، فيقدم قوله بيمينه لأن دعواه موافقة للاصل، هذا محصل كلامه.

وينبغي تنقيح المبحث بأن يقال: اذا ادعى الحوالة بغير الثمن، فاما أن يدعيها بدين آخر في ذمة المحال عليه، أو مع خلو الذمة. فان ادعاها بدين آخر، فاما أن يكون المحال عليه مع إنكاره الحوالة به منكراً لأصل الدين، أو مقراً به.

فان أقر بالدين فتقديم قول مدعي الصحة متجه، اذ ليس في طرف المدعى عليه أصل ولا ظاهر.

فان قيل: الأصل براءة ذمته من ثبوت دين المحتال.

قلنا: قد اعترف بالسبب المقتضي لذلك وهو الحوالة، فان الأصل فيه الصحة، فنقل عن الاصل الأول، وبقي الاختلاف في الفساد موجبا لليمين على من أنكر. كما لو اختلفا في صحة البيع وفساده، فان القول قول مدعي الصحة بيمينه، وإن كان الأصل بقاء الملك على مالكه لنحو ما قلناه.

ومثله ما لو ادعى المحتال وقوعها مع خلو الذمة سواء، وأما إذا ادعاها بدين آخر وانكره المحال عليه، فقد تعارض أصل الصحة وأصل البراءة، كذا قيل.

ويمكن أن يقال: يمنع تعارض الأصلين، اذ لا يلزم من كون الحوالة (بغير دين في الذمة فسادها، بل هو أعم من الفساد، لما عرفت من أن صحة الحوالة)[1]

---

(١) مابين القوسين لم يرد في «ن».

فإن أقاما بينة ان الحوالة بالثمن قبلت؛ لأنهما لم يكذباها.

ب: لو جرى لفظ الحوالة واختلفا بعد القبض، فادعاها المحتال، وادعى المحيل قصد الوكالة فالأقرب تقديم قول المحيل؛ لأنه أعرف بلفظه وقصده، واعتضاده بالأصل من بقاء حق المحيل على المحال عليه، وحق المحتال على المحيل، ويحتمل تصديق المستحق لشهادة اللفظ له.

لاتستلزم شغل الذمة، فيبقى أصل البراءة بغير معارض، فيقدم قول المحال عليه بيمينه، وهذا متجه واختاره في التذكرة[1].

قوله: (فان أقاما بينة أن الحوالة بالثمن قبلت؛ لأنهما لم يكذباها).

أي: على تقدير تصديق المحتال البائع والمشتري على حرية العبد المبيع، واختلافهم في أن الحوالة بالثمن، وادعاء المحتال على أنها بغيره، لو أقام البائع أو المشتري أو كلاهما بينة بكون الحوالة إنما هي بالثمن الذي يضمنه البيع، فانها تقبل كما تسمع دعواهما بذلك، لأنهما لم يكذباها.

فإن كون المبيع حراً، لا يقتضي عدم وقوع الحوالة بما سمي ثمناً في مقابله، غاية ما هناك إنهما يدعيان فساد الحوالة فيثبت بالبينة.

قوله: (لو جرى لفظ الحوالة واختلفا بعد القبض، فادعاها المحتال، وادعى المحيل قصد الوكالة فالأقرب تقديم قول المحيل؛ لأنه أعرف بلفظه وقصده، واعتضاده بالأصل من بقاء حق المحيل على المحال عليه، وحق المحتال على المحيل، ويحتمل تصديق المستحق بشهادة اللفظ له).

أي: لو جرى بين اثنين لفظ الحوالة مع العقد، واختلفا بعد قبض ما جرى العقد عليه، فادعى المحتال أن الذي صدر بينهما من لفظ الحوالة أُريد به الحوالة، وهو مدلوله الحقيقي، وادعى المحيل قصد الوكالة بلفظ الحوالة مجازاً، فالأقرب عند المصنف تقديم قول المحيل، في أنه إنما قصد الوكالة لأنه أعرف بلفظه،

---

(١) التذكرة ٢: ١١٦.

. . . .

باعتبار استعماله في معناه الحقيقي وغيره.

وكذا هو أعرف بما قصد، إذ لا يعلم قصده إلا من قبله، فيكون قوله بيمينه مقدما، ولاعتضاد قوله بالأصل من بقاء حق المحيل على المحال عليه، وحق المحتال على المحيل، وفيهما نظر.

أما الأول: فلان اللفظ الواقع مجرداً عن القرائن، يجب حمله على حقيقته، لأن الواجب على المتكلم نصب القرينة اذا أراد المجاز فالتجرد عنها دليل إرادة الحقيقة، حذراً من كون كلامه مشتملاً على الإغراء بجهل المقصود، والأصل خلافه.

فاذا كان الواجب حمله على ذلك، كان دعواه بعد ذلك مخالفة للأصل، على أن هذا لوقدح هنا، لقدح في جميع الأبواب من بيع وصلح وإقرار ونكاح وغيرها.

وأما الثاني: فلأن الأصل الذي ادعاه زال بالحوالة الصادرة بينهما، التي الاصل فيها الحقيقة والصحة، فلايعتد به. ولو قدح هنا لقدح في البيع وغيره، اذا وقع الاختلاف بعد صدوره كاملاً.

ويحتمل تصديق المستحق، وهو المحتال؛ لأن اللفظ الصادر بينهما شاهد له، إذ الأصل فيه الحقيقة، وهذا هو الأصح، وما قربه المصنف ضعيف. ولو اختلفا في وجود القرينة فالقول قول من ينفيها بيمينه؛ لأن الأصل العدم.

واعلم أن اختلافهما قبل القبض وبعده لانجد فيه فرقا؛ لأن عقد الحوالة من العقود اللازمة، فاذا صح وحمل على الحقيقة تعيّن فيه الأداء الى المحتال؛ لأنه صار ملكه، وكأن المصنف لحظ كون الحوالة استيفاء.

والاستيفاء إنما يثمر الملك بالقبض، فقبله لايتحقق الملك، فيكون الاختلاف قبل القبض في استحقاق ما هو مملوك للمحيل حين الاختلاف، وليس كذلك؛ لأن نفس الحوالة استيفاء ومثمرة للملك وإن لم يحصل القبض، حتى لو أراد المحيل بعد كمال الحوالة دفع البدل توقف على رضى المحتال. وليس هو

ولو لم يقبض قدّم قول المحيل قطعاً، ولو انعكس الفرض قدّم قول المحتال،

كالايفاء بغير الحوالة، فان الملك فيه متوقف على القبض، ومن ثم يجوز الابدال قبله.

فعلى هذا يكون قوله: (ولو لم يقبض قدم قول المحيل قطعاً) في غاية البعد، وما قطع به غير ظاهر.

قوله: (ولو انعكس الفرض قدم قول المحتال).

أي: لو قال المديون ـ بعد اتفاقهما على جريان لفظ الحوالة ـ: أحلتك، فقال: بل وكلتني قدم قول مدعي الوكالة، وهو المحتال بيمينه، عملاً بأصالة بقاء الحقين، والمديون يدعي خلافهما وانتقالهما فكان عليه البينة.

وتظهر فائدة هذا الاختلاف عند إفلاس المحال عليه، ونحوه. وفي توجيهه نظر، لأن الأصل في اللفظ الحقيقة، والحمل على المجاز خلاف الأصل، والمحيل أعرف بلفظه وقصده.

والأصل الذي ادعاه بالنسبة الى الحقين زال بالسبب الواقع بينهما، ومن هذا علم أن ما اختاره هنا أيضا في غاية البعد، مع مخالفته لما سبق من مجيء الوجهين في المسألة الأولى، فلا أقل من مجيئها هنا وإن كان عنده أحدهما أرجح.

وفي التذكرة جعل هذا الحكم فيما اذا لم يتفقا على لفظ مخصوص[١]، أما اذا اتفقا على الحوالة واختلفا هذا الاختلاف، فالوجهان في المسألة الأولى على العكس هنا.

وهذا كله اذا لم يأت باللفظ على وجه لا يحتمل المجاز، فان اتى به كذلك، كما لو قال: أحلتك بالمائة التي لك علي على المائة التي لي على زيد، ثم اختلفا الاختلاف السابق، فان القول قول مدعي الحوالة لامتناع ارادة المجاز، وقطع به في التذكرة[٢].

---

(١) التذكرة ٢: ١١١.

(٢) المصدر السابق.

ولو لم يتفقا على جريان اللفظ بل قال المستحق: احلتني، وقال المديون: وكلتك في استيفاء ديني صدّق المديون، فإن لم يكن قبض فليس له ذلك لانعزاله بانكاره الوكالة، وله مطالبة المديون بالمال لئلا يضيع حقه، ويحتمل العدم لاعترافه ببراءته بدعوى الحوالة.

قوله: (ولو لم يتفقا على جريان اللفظ، بل قال المستحق: أحلتني، وقال المديون: وكلتك في استيفاء ديني صدّق المديون).

أي: لو لم يتفق الشخصان ـ اللذان جرى بينهما العقد ـ على جريان اللفظ، أي: على جريان ما سبق ذكره من لفظ الحوالة ـ فاللام للعهد الذكري ـ بل قال المستحق للمديون: أحلتني بمالك على فلان، وقال المديون: وكلتك في استيفاء ديني، فان المديون مصدق بيمينه اذ الأصل عدم الحوالة.

وتظهر فائدة هذا فيما اذا كان الثمن باقياً وأراد الإبدال، أو أراد التأخير للدفع الى بلد الدين اذا كانا في غيره ولم يشترط الأداء في غيره. وفي ذلك دفع ضرره، (ولم يرض المدين بما يندفع به ضرره)[1]، سواء كان بالغاً أم لا.

قوله: (فإن لم يكن قبض فليس له ذلك؛ لانعزاله بانكار الوكالة، وله مطالبة المديون بالمال لئلا يضيع حقه، ويحتمل العدم لاعترافه ببراءته بدعوى الحوالة).

اذا حلف المديون على نفي الحوالة انتفت ظاهراً، فان لم يكن المستحق قد قبض الدين الذي وقع الاختلاف في الحوالة به والوكالة لم يكن له قبضه ظاهراً؛ لأن الوكالة تندفع بانكاره اياها، فينعزل على تقدير كونه وكيلاً والحوالة منتفية. لكن له مطالبة المديون بما له لئلا يضيع حقه، ولانه إن كانت الحوالة هي الواقع، فقد دفعه عن المال المحال به، وصيره له ظاهراً بيمينه، فظلمه بذلك. وإن كان الواقع الوكالة، فظاهر لبقاء حقه عليه.

---

(١) مابين القوسين لم يرد في «م».

أما لو قال المستحق: وكلتني، فقال: لا بل احلتك صدّق منكر الحوالة باليمين، وليس للمستحق القبض؛ لأن انكار الوكالة يتضمن العزل، وإن كان قبض فالأقرب انه يتملكه؛ لأنه جنس حقه وصاحبه يزعم أنه ملكه،

ويحتمل عدم استحقاق المطالبة؛ لأن الحوالة تتضمن براءة ذمة المحيل، فبدعواه إياها معترف ببراءة ذمة المحيل فكيف يطالبه؟ وبما بيناه أولاً يعلم أنه لم يبرأ مطلقاً؛ لأنه ظالم له بتملك ما يستحقه بزعمه هذا الحكم في الظاهر، وفيما بينه وبين الله يعتمد ما يعلم إنه الحق.

قوله: (أما لوقال المستحق: وكلتني، فقال: بل أحلتك، صدّق منكر الحوالة باليمين، وليس للمستحق القبض؛ لأن إنكار الوكالة يتضمن العزل).

أي: لوقال المستحق للدّين: وكلتني، فقال المديون: لا بل أحلتك عكس الأول، صدّق منكر الحوالة لمثل ما سبق، فان الأصل العدم، والأصل بقاء الحقوق كما كانت.

وفي العبارة مناقشة؛ لأن سوقها يشعر بمخالفة حكم هذا لما قبله، مع اتفاقهما في تصديق منكر الحوالة.

ولو قال: فإن المصدق المديون ليكون الاختلاف بينها وبين ما سبق في تصديق المديون وعدمه، وحينئذ فليس للمستحق القبض ظاهراً؛ لاندفاع الحوالة بانكاره ويمينه، فالوكالة بانكار المديون، لأن الإنكار يتضمن العزل لو كان وكيلاً.

قوله: (وإن كان قبض فالأقرب انه يتملكه، لأنه جنس حقه وصاحبه يزعم انه ملكه).

فلا أقل من أن يكون ذلك إذناً في التملك، ويحتمل العدم لانتفاء المقتضي، وهذا الحكم ظاهراً وباطناً على تقدير صدقه في دعوى الوكالة، فأما على تقدير كون الواقع الحوالة فظاهر أنه ملكه.

وان تلف احتمل عدم الضمان؛ لأن الوكيل أمين، وثبوته؛ لأن الأصل ضمان مال الغير في يد آخر.

ولا يلزم من تصديقه في نفي الحوالة تصديقه في اثبات الوكالة ليسقط عنه الضمان.

واعلم أن شيخنا الشهيد في بعض حواشيه جوّز لقوله: (يتملكه) معنيين:

أحدهما: إرادة الملك القهري؛ لأن المديون يزعم ذلك وهو من جنس الحق، فهو في قوة التعيين لجهة مخصوصة من جهات القضاء، فلا يحتاج الى أمر آخر.

الثاني: إرادة جواز التملك، فيتوقف حصول الملك على أحد أمرين: إما تصريح المديون بالتعيين، كأن يقول: خذ ما في يدك، أو مماطلته بدفع غيره فيأخذه قصاصاً.

وعندي أن الثاني بعيد، إذ المتبادر من كلام المصنف تملكه من غير توقف على شيء آخر، فإما أن يجعل زعم المديون بمنزلة التعيين، إن لم يكن أقوى فيملكه بالقبض على طريق القهر، أو يجعل ادعاء الحوالة ـ المتضمنة لبراءة ذمته بحيث لا يستحق عليه المطالبة ـ بعد مماطلته، حيث أنه أقوى من المماطلة، اذ منكر الدين مماطل وزيادة، فيسوغ له الأخذ مقاصة. وعلى كل حال، فما قربه المصنف هو المختار، وكل من الأمرين الأخيرين محتمل.

قوله: (وإن تلف احتمل عدم الضمان لأن الوكيل أمين، وثبوته لأن الأصل ضمان مال الغير في يد آخر. ولا يلزم من تصديقه في نفي الحوالة تصديقه في إثبات الوكالة، ليسقط عنه الضمان).

أي: وإن تلف المال المقبوض في يد المستحق، ففي ضمانه وجهان. ولا يخفى أن في توجيه الاحتمال الأول ضعفاً؛ لأن صغرى القياس المضمرة يجب أن تكون هكذا: القابض وكيل، ومعلوم ردها، إذ الوكالة لم تثبت فيكون الاحتمال الثاني أقوى.

ج: لو شرط في الحوالة القبض بعد شهر مثلاً فالأقرب الصحة وإن كان حالاً.

د: لو أحال البريء على مشغول الذمة فهي وكالة يثبت فيها أحكامها، وجازت بلفظ الحوالة لاشتراكها في المقصود وهو استحقاق المطالبة.

وهذه المسألة مما تتخرج على قاعدة معروفة بين الفقهاء وهي: ان اليمين لنفي شيء لايكون لإثبات شيء آخر.

(إن قيل: لاحاجة الى تخريجها على هذه القاعدة.

قلنا: بل نحتاج، إذ يمكن أن يقال: إن الحال دائر باعترافها بين الحوالة والوكالة، فاذا بطل أحدهما باليمين تعين الآخر؛ لأن اليمين حجة شرعية)[١].

ومن صورها: ما لو أقرّ الوكيل بالبيع وقبض الثمن بها، وأنكر الموكل القبض حلف الوكيل لاستئمانه. فلو خرج المبيع مستحقاً، ورجع المشتري على الوكيل بالثمن لعدم ثبوت الوكالة لم يرجع الوكيل على الموكل؛ لأن اليمين كانت لدفع الغرم لا لإثبات المال على الموكل، فالقول الآن قول الموكل بيمينه.

قوله: (ولو شرط في الحوالة القبض بعد شهر مثلاً فالأقرب الصحة وإن كان حالاً).

أي: وإن كان الحق المشروط قبضه وإن لم يكن مذكوراً لدلالة القبض عليه. ووجه القرب أنه شرط لاينافي مقتضى العقد، فيكون اشتراطه سائغاً. ويحتمل العدم؛ لأن الحوالة على حق حال. وضعفه ظاهر؛ لأن حلوله لاينافي إشتراط الأجل، والأصح الصحة.

وتوجيه الشارح الصحة بكون الشرط سائغاً في معنى المصادرة[٢].

قوله: (وجازت بلفظ الحوالة لاشتراكها في المقصود، وهو

---

(١) مابين القوسين لم يرد في «م».

(٢) ايضاح الفوائد ٢: ٩٧.

ولو انعكس الفرض، فإن شرطنا الشغل فهو اقتراض، فإن قبض المحتال رجع على المحيل، وإن أبرأه لم يصح؛ لأنه إبراء لمن لا دين عليه، وإن قبض منه ثم وهبه إياه رجع المحال عليه على المحيل؛ لأنه غرم عنه.

ولو أحال من لا دين عليه على من لا دين عليه فهي وكالة في اقتراض.

الفصل الثالث: في الكفالة:

وهي عقد شرع للتعهد بالنفس،

استحقاق المطالبة).

أي: في المقصود من الوكالة، إذ المقصود من الحوالة لا يشتركان فيه، فيكون حينئذ العقد بالمجاز، ولا يمتنع ذلك خصوصاً في العقد الجائز، لأنه يسامح فيه ما لا يسامح في اللازم.

قوله: (ولو انعكس الفرض، فإن شرطنا الشغل فهو اقتراض).

إنعكاس الفرض أن يحيل بلفظ الوكالة، فإن شرطنا شغل ذمة المحال عليه في الحوالة، ولم يكن المحال عليه مشغول الذمة، كان ذلك اقتراضاً بلفظ الحوالة مجازاً، فتجري عليه أحكامه. وإنما قلنا: إنه اقتراض، لأنه ليس معنى من المعاني أقرب الى الوكالة والحوالة منه.

قوله: (فان قبض المحتال رجع على المحيل، وإن أبرأه لم يصح؛ لأنه إبراء لمن لا دين عليه).

أي: فان قبض المحتال من المحال عليه، رجع المحال عليه ـ وهو المقرض ـ على المحيل وهو المقترض، وإن أبرأه المحتال وقع لغواً؛ لأنه لا دين له عليه، اذ المطلوب منه الاقراض.

قوله: (وهي عقد شرّع للتعهد بالنفس).

سيأتي أنه يصح التكفل بالأعيان المضمونة، فلا يتناولها هذا التعريف.

ويعتبر فيها رضى الكفيل والمكفول له دون المكفول، وتعين المكفول، فلو قال: كفلت أحدهما أو زيداً فإن لم آت به فبعمرو أو بزيد أو عمرو بطلت.

قوله: (ويعتبر فيها رضى الكفيل، والمكفول له، دون المكفول).

لأن إثبات حق على شخص لاعلى وجه يثبت كونه قهريا يتوقف على رضاه، وكذا المكفول له لأن إثبات حق له على شخص من دون رضاه باطل، دون المكفول عند علمائنا، قاله في التذكرة[1] وحكى في التحرير[2] عن الشيخ في المبسوط[3] اعتبار رضاه.

وكذا عن ابن ادريس قال: وفيه قوة[4]، وهو مذهب الشافعي[5]، ووجهه إمكان إحضاره، فإنه متى لم يرض لم يلزمه الحضور معه. ويرد عليه أنه إن طلبه منه المكفول له وجب عليه الحضور، إذ لا أقل من أن يعد توكيلاً. وإن لم يطلبه، فيمكن أن يقال بذلك؛ لأن التكفيل يقتضي التسليط على الاحضار.

وسيأتي في كلام المصنف: أنه لا يجب عليه الحضور مع التبرع، وعدم طلب المكفول له. ويشترط أيضا الإيجاب ككفلت لك بدن فلان، ونحوه. والقبول على الفور، وكونهما بالعربية من كاملين.

قوله: (وتعيين المكفول، فلو قال: كفلت أحدهما، أو زيداً فان لم آت به فبعمرو أو بزيد أو عمرو بطلت).

يشترط أيضاً تعيين المكفول على وجه يرتفع الإبهام، فلوقال: كفلت لك أحد هذين لم يصح؛ لأنه لا يعلم المكفول بعينه.

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ١٠٠.

(٢) تحرير الأحكام ١: ٢٢٤.

(٣) المبسوط ٢: ٣٣٧.

(٤) السرائر: ١٧٣.

(٥) المغني لابن قدامة ٥: ٩٦.

وتنجيز الكفالة، فلو قال: إن جئت فأنا كفيل به لم يصح على اشكال، ولو قال: أنا أحضره أو أؤدي ما عليه لم تكن كفالة.

وتصح حالة ومؤجلة على كل من يجب عليه الحضور مجلس الحكم

وكذا لو قال: كفلت لك زيداً فان لم آت به فانا كفيل بعمرو، إذ مع عدم التزام إحضار أحدهما بعينه تعليق الكفالة في عمرو بشرط، والكفالة لاتعلق كما سيأتي. وكذا لايصح لوقال: كفلت لك بزيد أو عمرو بمثل ما سبق.

قوله: (وتنجيز الكفالة، فلوقال: إن جئت فأنا كفيل به لم يصح على اشكال).

ينشأ: من رواية أبي العباس، عن الصادق عليه السلام فيمن قال في الكفالة: إن جئت وإلا فعلي خمسمائة درهم فقال: «لزمته الدراهم»[1]. ومن أن الأسباب الشرعية إنما هي بوضع الشارع، ولايثبت الوضع بمثل هذه الرواية، خصوصاً ما علم عدم جواز مثله.

ولأن التعليق يقتضي عدم الجزم بالكفالة، ولأن أثر السبب يجب أن يترتب على وقوعه، وإلا لم يكن صحيحاً كما هو مقرر في الاصول، ومع التعليق يمتنع ذلك، ولأن المعلق عليه يمتنع كونه جزء السبب، وإلا لوجب كونه معه، فان تراخي القبول ممنوع فكيف باقي الأجزاء؟

واذا امتنع ذلك امتنع اعتباره في العقد، (فيجب تأثيره بدون المعلق عليه، والتعليق ينافيه لكونه مقصوداً، فلم يبق إلا بطلان العقد)[2] وهو الأصح.

قوله: (وتصح حالة ومؤجلة على كل من يجب عليه الحضور مجلس الحكم).

لأن الحضور حق شرعي، ولامانع من اشتراط الأجل أو الحلول، واشترط

---

(١) الكافي ٥: ١٠٤ حديث ٣، التهذيب ٦: ٢١٠ حديث ٤٩٣.

(٢) مابين القوسين لم يرد في «م».

من زوجة يدّعي الغريم زوجيتها، أو كفيل يدّعي عليه الكفالة ، أو صبي أو مجنون ، اذ قد يجب احضارهما للشهادة عليهما بالاتلاف ، وبدن المحبوس لإمكان تسليمه بأمر من حبسه، ثم يعيده الى الحبس، أو عبد أبق، أو من عليه حق لآدمي من مال أو عقوبة قصاص.

الشيخ لصحتها تأجيلها فيها[1].

قوله: (من زوجة يدعي الغريم زوجيتها).

وحينئذ فيجب بالكفالة السعي في إحضارها، وللشافعية قول بالمنع[2]، بناء على أن الكفيل يغرم ما على المكفول لولم يرد لتعذره هنا.

قوله: (أو صبي أو مجنون، اذ قد يجب إحضارهما للشهادة عليهما بالإتلاف).

فانه ربما لم يكن الشاهدان، بحيث يمكنهما تمييزهما في الشهادة بدون الاحضار.

قوله: (وبدن المحبوس لإمكان تسليمه بأمر مَنْ حبسه، ثم يعيده الى الحبس).

أي: تجوز الكفالة به؛ لأن تسليمه ممكن بأمر مَنْ حبسه، ثم يعيده الى الحبس إن أراد. ومثله الكفالة بالغائب، ومنع من كفالتها أبوحنيفة لتعذر التسليم في الحال[3]، ولا فرق في ذلك بين كون الحبس ظلماً أو بحق.

قوله: (أو عبد آبق).

أي: حين إباقه، ويلزمه حينئذ السعي في رده، وفي حاشية الشهيد كفالته من مولاه إذا كان معتاداً للاباق، وهو معنى صحيح أيضاً.

---

(١) النهاية: ٣١٥.

(٢) المغني لابن قدامة ٥: ٩٦.

(٣) المغني لابن قدامة ٥: ٩٧.

ولا يشترط العلم بقدر المال، فإنّ الكفالة بالبدن لا به،ولا تصح على حد الله تعالى.

والأقرب صحة كفالة المكاتب، ومن في يده مال مضمون كالغصب، والمستام، وضمان عين المغصوب، والمستام ليردها على

قوله: (ولايشترط العلم بقدر المال، فان الكفالة بالبدن لا به).

ولو قلنا بلزوم الغرم لولم يحضر المكفول به، فوجوبه بذلك لا بالكفالة.

قوله: (ولا تصح على حد الله تعالى).

لأنه مبني على التخفيف، ولأنه لا تأخير في حد، ولقضاء أميرالمؤمنين عليه السلام إذ لا كفالة في حد.

قوله: (والأقرب صحة كفالة المكاتب).

وجه القرب: أنه إما عبد أو مديون، وكلاهما موجب للاحضار، ولأنه يصح ضمانه فكفالته أولى، ومنع الشيخ[1] وابن البراج بناء على أن له تعجيز نفسه، والأقرب أقرب.

قوله: (ومن في يده مال مضمون كالغصب والمستام).

إن قلنا بصحة ضمانه فلا بحث في صحة الكفالة، وإن قلنا: لا يصح الضمان فالأقرب صحة الكفالة؛ لأن عليه حقاً فيكون هذا في حيز الأقرب. ويحتمل ضعيفاً العدم؛ لأن ما عليه ليس هو الأعيان، لتؤخذ منه عند عدم الاحضار لو قلنا: يغرم.

قوله: (وضمان عين المغصوب والمستام ليردها على مالكها).

أي: الأقرب صحة ضمان عين المغصوب والمستام، وغيرهما من الأعيان المضمونة ليردها على مالكها، ووجه القرب: أن ردها واجب، فيصح ضمانها لذلك[2].

---

(١) المبسوط ٢: ٣٤٠.

(٢) في «ق»: كذلك.

مالكها، فإن رد برئ من الضمان، وإن تلفت ففي الزامه بالقيمة وجهان، الأقرب العدم، كموت المكفول دون الوديعة والأمانة.

وتصح كفالة من ادعى عليه وإن لم تقم البينة عليه بالدين وإن جحد لاستحقاق الحضور عليه والكفالة ببدن الميت، إذ قد يستحق احضاره لأداء الشهادة على صورته، والاطلاق يقتضي التعجيل، فإن شرطا أجلاً وجب ضبطه، والتسليم الكامل في بلد العقد، ولو عيّن غيره لزم. وللمكفول له مطالبة الكفيل بالمكفول في الحال مع التعجيل والاطلاق، وعند الأجل في المؤجلة.

ويشكل بانه إن كان ضمانا، فشرطه كون المضمون به حقاً ثابتاً في الذمة. وإن كان كفالة، فشرطها التعهد بنفس، وكلاهما منتف.

قوله: (فان رد برئ من الضمان، وإن تلفت ففي إلزامه بالقيمة وجهان: الأقرب العدم كموت المكفول).

وجه الإلزام: أن معنىٰ ضمانها ردها مع البقاء، والقيمة مع التلف.

ووجه العدم: أن الواجب الرد؛ لأن الضمان إنما كان له فاذا تعذر بالتلف لم يجب شيء آخر، كما لومات المكفول. ولو قلنا بالصحة كفالة اتجه الثاني، لكن القول به بعيد.

قوله: (والكفالة ببدن الميت، إذ قد يستحق إحضاره لأداء الشهادة على صورته).

حيث يكون الشاهد قد تحمل الشهادة على الصورة، ولم يعرف النسب.

قوله: (والتسليم الكامل في بلد العقد...).

أي: والتسليم الكامل إنما يكون في بلد العقد، ويمكن أن يكون معطوفاً علىٰ الفاعل، أعني ضبطه، أي: وجب التسليم الكامل في بلد العقد الى آخره. وسيأتي ما يعلم منه التسليم الكامل انشاءالله تعالى، فمتى أطلق مكان التسليم

ويخرج الكفيل عن العهدة بتسليمه تاماً في المكان الذي شرطه، أو في بلدة الكفالة لو أطلق، اراده المستحق أو كرهه، وبموت المكفول في غير الشهادة على عينه أو فيها بعد الدفن إن حرّمنا النبش لأخذ المال،

انصرف الى بلد العقد، ولو شرطه كان آكد، ولو عين غيره لزم وفاء بالشرط.

قوله: (ويخرج الكفيل عن العهدة بتسليمه تاماً في المكان الذي شرطه، أو في بلد الكفالة لو أطلق، اراده المستحق أو كرهه).

يخرج التسليم عن كونه تاماً، بأن يكون في يد ظالم، أو دونه من يحميه، ويحول دونه، ونحو ذلك. فاذا سلمه كذلك فلم يتسلمه، قال في التذكرة: الأقوى أنه يكفي الاشهاد على الامتناع وانه سلمه اليه فلم يتسلمه[1].

ولايجب دفعه الى الحاكم؛ لأن مع وجود صاحب الحق لا يلزمه دفعه الى من ينوب عنه من حاكم أو غيره، وهو متجه.

قوله: (وبموت المكفول في غير الشهادة على عينه، أو فيها بعد الدفن إن حرمنا النبش لأخذ المال).

أي: ويخرج الكفيل عن العهدة بذلك؛ لأنه لم يتعهد بالمال بل بالنفس وقد فاتت بالموت؛ ولأن المتبادر من الكفالة إنما هو الإحضار في حال الحياة، وهو المتعارف بين الناس.فيحمل الاطلاق عليه.

وهذا في غير الشهادة على عينه وصورته، لدلالة ذلك على عدم الاختصاص بحال الحياة. هذا اذا لم يدفن، فان دفن وحرّمنا النبش لأخذ المال لم ينبش هنا أيضاً، فيخرج عن العهدة بدفنه.

ويشكل: بأن نبش الميت للشهادة على عينه من الامور المستثناة بالاستقلال، غير متفرعة على جواز النبش لأخذ المال، فلا يلزم من تحريم النبش، ثم تحريمه هنا. وقد سبق في أحكام الجنائز جواز النبش لكل منها، فلا يبرأ بدونه.

نعم: لوعلم تغير صورة الميت بحيث لا يعرف، برئ الكفيل حينئذ.

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ١٠١.

وبتسليمه نفسه، وبإبراء المستحق لأحدهما. ولا يبرأ بالتسليم ودونه يد غالبة مانعة، ولا بتسليمه قبل الأجل، أو في غير المكان المشترط وإن انتفى فيها الضرر على رأي،

قوله: (وبتسليمه نفسه).

أي: ويبرأ بتسليم المكفول به نفسه تسليماً تاماً الى المكفول له؛ (لأن القصد رده الىٰ المكفول له، فلا فرق بين حصوله في يده بالكفيل وبنفسه نائباً عنه)[1]. لكن لابد أن يسلم نفسه عن جهة الكفيل، فلا يبرأ بدونه، لأنه لم يسلمه اليه ولا الى أحد من جهته.

ولو سلمه أجنبي برئ الكفيل أيضاً، اذا كان عن جهة الكفيل، ويجب على المكفول له التسلم لو كان التسليم باذن الكفيل، لأنه وكيله حينئذ. وإلا لم يجب، لعدم وجوب قبض الحق من غير مَن عليه، لكن لو قبل برئ الكفيل، وهل يجب عليه القبول لو سلم المكفول[2] نفسه، أو يكون كالأجنبي؟ ظاهر اطلاقهم نعم، ولعله لوجوب التسليم على كل منهما، فاشتركا في ذلك. فمتى أداه أحدهما برئ الآخر، ولا يضركون الوجوب على المكفول في الكفالة تبعاً للوجوب على الكفيل.

قوله: (وبابراء المستحق لأحدهما).

أما للكفيل فظاهر، وأما للمكفول فلسقوط الحق المقتضي لبطلان الكفالة.

قوله: (ولا بتسليمه قبل الأجل، أو في غير المكان المشترط وإن انتفى الضرر فيهما على رأي).

لأنه غير التسليم الواجب، اذ لم يجب بعد، فلا يعتد به ولا يجب قبوله.

---

(١) مابين القوسين لم يرد في «م».

(٢) في النسخ الخطية والحجرية: الكفيل، والصحيح ما أثبتناه.

ولا بتسليمه في حبس الظالم بخلاف حبس الحاكم.

ويلزم الكفيل اتباعه في غيبته إن عرف مكانه، وينظر في احضاره بمقدار ما يمكنه الذهاب اليه والعود به، ولو كانت مؤجلة أُخّر بعد الحلول بقدر ذلك.

ولو امتنع الكفيل من احضاره حبس حتى يحضره، أو يؤدي ما عليه.

وقال الشيخ[1] وابن البراج: يبرأ مع انتفاء الضرر فيهما، والأصح الاول.

قوله: (ولا بتسليمه في حبس الظالم، بخلاف حبس الحاكم).

لأن ذلك الحبس يمنعه من استيفاء حقه، ولأن التسليم لايعد تاماً حينئذ فلا يجب قبوله. بخلاف حبس الحاكم، فانه لما كان بحق لم يمنعه من استيفاء حقه، إذ يمكن احضاره ومطالبته بالحقين ثم حبسه بهما.

قوله: (ولو كانت مؤجلة أُخّر بعد الحلول بقدر ذلك).

لأن الوجوب إنما يتحقق بعد الحلول، فحينئذ يعتبر ما لابد منه في التسليم.

قوله: (ولو امتنع الكفيل من احضاره، حبس حتى يحضره، أو يؤدي ما عليه).

هذا اذا كان ما عليه يمكن أخذه من الكفيل، ولولم يكن ـ كالقصاص وكزوجية المرأة والدعوى بعقوبة كتعزير ـ أمكن أن يقال بالحبس الى الإحضار فيما لا بدل له. أما ما له بدل ـ كالدية في القتل ـ فسيأتي أنها تؤخذ منها اذا خلي القاتل من يد غريمه.

ويمكن أن يقال: بعد ثبوت الزوجية يؤخذ منه مهر مثل الزوجة.

واعلم أن ظاهر العبارة أنه اذا أدى ما عليه وجب على المكفول له القبول، ويبرأ الكفيل بذلك. وفي التذكرة[2] اسنده الى ظاهر كلام الشيخ[3]، واختار

---

(١) المبسوط ٢: ٣٣٨.

(٢) التذكرة ٢: ١٠٢.

(٣) النهاية: ٣١٥.

ولو قال: إن لم احضره كان عليّ كذا لزمه الاحضار خاصة.

ولو قال: عليّ كذا الى كذا إن لم احضره وجب عليه ما شرط من المال.

هو ان طلب المكفول له الإحضار لاغير الزمه به، نظراً الى أن ذلك مقتضى الكفالة، ولأنه قد يكون له غرض لايتعلق بالأداء، وقد يرغب المكفول له في القبض من عين الغريم، وما اختاره هو المعتمد.

قوله: (ولو قال: إن لم احضره كان علي كذا لزمه الاحضار خاصة، ولو قال: علي كذا الى كذا إن لم احضره وجب عليه ما شرط من المال).

هذا مروي من طرق الأصحاب[1]، وقد اطبقوا على العمل به، ولايكاد يظهر الفرق بين الصيغتين باعتبار اللفظ. ومثل هذا مما يصار اليه من غير نظر الى حال اللفظ مصيراً الى النص والاجماع.

والمصنف في المختلف قال: عندي في هذه المسألة نظر، ثم حكى عن ابن الجنيد فيما اذا بدأ بالضمان للمال، ثم عقبه الكفالة أنه يصح ضمانا وكفالة، واذا بدأ بالكفالة ثم علّق الضمان ان الكفالة تصح ويبطل الضمان، وقال: ان كلامه انسب[2].

ويرد على الأول أنه اذا صح الضمان برئ المضمون عنه، فأي معنى للكفالة حينئذ؟

ويمكن أن يقال: إن السر في لزوم المال اذا قدمه براءة ذمة المضمون عنه فتمتنع الكفالة، واذا قدم الكفالة كان الضمان المتعقب لها ـ لكونه معلقاً على شرط ـ باطلاً، ولمنافاة الضمان صحة الكفالة، وكيف كان فالمذهب ما عليه الأصحاب.

---

(١) الكافي ٥: ١٠٤ حديث ٣، الفقيه ٣: ٥٤ حديث ١٨٧، التهذيب ٦: ٢٠٩، ٢١٠ حديث ٤٨٨، ٤٩٣.

(٢) المختلف: ٤٣٥.

ولو مات المكفول له فالأقرب انتقال الحق الى ورثته.

ولو أطلق غريماً من يد صاحب الحق قهراً ضمن احضاره، أو أداء ما عليه.

ولو كان قاتلاً لزمه احضاره أو الدية، فإن دفعها ثم حضر الغريم تسلط الوارث على قتله، فيدفع ما أخذه وجوباً وإن لم يقتل، ولا يتسلط الكفيل لو رضي هو والوارث بالمدفوع على المكفول بدية ولا قصاص.

قوله: (ولو مات المكفول له فالأقرب انتقال الحق الى ورثته).

أي: حق الكفالة، ووجه القرب أنها حق للميت فيورث؛ لعموم آية الإرث، ولأنه في معنى الحق المالي. ويحتمل العدم؛ لضعفها، ولاقتضائها الاحضار اليه وتعذره. وليس بشيء إذ لا يسقط الحق بتعذر إيصاله الى مستحقه الأول.

قوله: (ولو اطلق غريماً من يد صاحب الحق قهراً ضمن احضاره، أو اداء ما عليه).

لأنه غصب اليد المستولية المستحقة من صاحبها فكان عليه اعادتها، أو أداء الحق الذي بسببه تثبت اليد عليه.

قوله: (ولو كان قاتلاً لزمه احضاره أو الدية).

وإن كان القتل عمداً، ولا يوجب عليه غير القصاص إذ لا يجب إلا على المباشر، فلما تعذر استيفاؤه وجبت الدية كما لو هرب القاتل عمداً أو مات.

قوله: (فان دفعها ثم حضر الغريم تسلط الوارث على قتله فيدفع ما أخذه وجوباً وإن لم يقتله).

لأن الدية إنما أخذها لمكان الحيلولة وقد زالت، وعدم القتل الآن مستند الى اختياره.

قوله: (ولا يتسلط الكفيل لو رضي هو والوارث بالمدفوع على المكفول بدية ولا قصاص).

فروع:

أ: لو قال الكفيل: لاحق لك على المكفول قدّم قول المكفول له؛ لاستدعاء الكفالة ثبوت حق، فإن أُخذ منه المال لتعذر المكفول لم يكن له الرجوع لاعترافه بالظلم.

أي: لورضي الكفيل وولي الدم بالمدفوع للحيلولة، وترك القصاص لم يتسلط الكفيل على المكفول ـ وهو المطلق قهراً، سماه مكفولاً مجازاً ـ بدية ولاقصاص؛ وذلك لأنه لم يكفله بقوله، ولم يدفع برضاه، ولم يكن المدفوع واجباً بالأصالة، وإنما وجب بعارض وهو الحيلولة وقد زالت.

قال في التذكرة: ولو تعذر عليه استيفاء الحق من قصاص أو مال، وأخذنا المال أو الدية من الكفيل، كان للكفيل الرجوع على الغريم الذي خلصه قصاصاً[1].

قوله: (لو قال الكفيل: لاحق لك على المكفول قُدّم قول المكفول له؛ لاستدعاء الكفالة ثبوت حق، فان أُخذ منه المال لتعذر المكفول لم يكن له الرجوع؛ لاعترافه بالظلم).

أي: لوتنازع الكفيل والمكفول له بعد صدور الكفالة، فقال الكفيل للمكفول له: لاحق لك على المكفول فالكفالة فاسدة، وادعى المكفول له الحق المصحح للكفالة قدّم قول المكفول له بيمينه، لأن الكفالة لاتصح إلا مع ثبوت حق، والأصل في العقد الصحة.

فان تعذر احضار المكفول، فهل يجب عليه أداء المال من غير بينة؟ ذكر في التذكرة إشكالاً أقربه عدم الوجوب[2]، وذلك صحيح؛ لأن الكفالة

---

(١) التذكرة ٢: ١٠٣.

(٢) المصدر السابق.

ب: لو تكفل اثنان برجل فسلّمه أحدهما فالأقرب براءة الآخر، ولو تكفل لاثنين فسلّمه الى أحدهما لم يبرأ من الآخر.

ج: لو ادعى إبراء المكفول فرد المكفول له اليمين حلف وبرئ من الكفالة دون المكفول من المال.

لاتستدعي ثبوت المال، إنما تستدعي ثبوت حق في الجملة.

فان اوجبناه على الاحتمال المرجوح، أو قامت بينة به فدفعه لم يرجع به على المكفول؛ لاعترافه ببراءة ذمته وأنه مظلوم.

قوله: (لوتكفل اثنان برجل فسلمه أحدهما فالأقرب براءة الآخر).

وجه القرب أنه تسليم ممن عليه الحق في زمانه ومكانه فيجب قبوله، فاذا قصد أحد الكفيلين بالتسليم مع نفسه الكفيل الآخر برئ أيضاً؛ للاتيان بالواجب على وجهه، ولأن المكفول لو سلم نفسه عن الكفيل برئ فهنا أولى، لأن وجوب التسليم عليه باعتبار الكفالة إنما هو باعتبار التبعية، وفي الكفيلين الوجوب على كل منهما بالأصالة.

وقال الشيخ[1] وجماعة[2]: لا يبرأ؛ لأنه لا دليل عليه، وهو ضعيف، والمعتمد الأول.

قوله: (لوادعى إبراء المكفول، فرد المكفول له اليمين حلف وبرئ من الكفالة، دون المكفول من المال).

أي: لو ادعى الكفيل أن المكفول له أبرأ المكفول، وأنكر المكفول له ذلك فالقول قوله اذا لم يكن للكفيل بينة، فاذا حلف برئ من دعوى الكفيل، فان جاء المكفول وادعى الإبراء لم يكتف باليمين التي حلفها المكفول له للكفيل، بل لابد من يمين اخرى؛ لأن هذه دعوى اخرى مستقلة إذ دعوى الكفيل إنما

---

(١) المبسوط ٢: ٣٣٩.

(٢) منهم: ابن حمزة في الوسيلة: ٣٢٩، وابن البراج في جواهر الفقه (ضمن الجوامع الفقهية): ٤٢٤.

د: لو ترامت الكفالات صح، فإن أُبرئ الأصيل برئوا أجمع.

هـ : لو قال: أنا كفيل بفلان، أو بنفسه، أو ببدنه، أو بوجهه، أو برأسه صح، إذ قد يعبّر به عن الجملة.

أما لو قال: كفلت كبده، أو غيره مما لا يمكن الحياة بدونه، أو

كانت لبراءة نفسه.

ولو رد المكفول له اليمين على الكفيل فحلف برئ من الكفالة، ولا يبرأ المكفول من المال بهذه اليمين، إذ لا يجوز أن يبرأ بيمين غيره، بخلاف ما لو حلف المردودة المكفول فانهما يبرآن.

ولو نكل المكفول له عن يمين المكفول حلف المكفول، وبرئ هو والكفيل وإن كان قد حلف على عدم الإبراء له، كذا ذكره في التذكرة[1].

قوله: (لو ترامت الكفالات صح، فإن أُبرئ الأصيل برئوا أجمع).

أي: لو كفل الكفيل كفيل، ثم كفل هذا الكفيل كفيل، وهكذا صح؛ لأن صحة الكفالة بثبوت حق وهو ثابت بالكفالة، فان أبرأ المكفول له الأصيل برئوا أجمع؛ لامتناع بقاء الكفالة مع سقوط الحق.

فاذا أحضر الكفيل الأول من عليه الحق برئ، وبرئ[2] الآخران. وإن أحضر الثاني الكفيل الأول برئ، وبرئ الثالث دون الأول، ودون من عليه الحق.

ومتى مات واحد برئ من كان فرعاً له، فبموت من عليه الحق يبرؤون جميعاً، وكذا القول في البراءة.

قوله: (لو قال: أنا كفيل بفلان، أو بنفسه، أو ببدنه، أو بوجهه، أو برأسه صح، إذ قد يعبر به عن الجملة. أما لو قال: كفلت كبده، أو غيره مما لا يمكن الحياة بدونه، أو ثلثه وما شابهه من المشاعة في الصحة

---

(١) التذكرة ٢: ١٠٣.

(٢) في «م»: ويبرأ.

ثلثه وما شابهه من المشاعة ففي الصحة نظر، ينشأ: من عدم السريان كالبيع، ومن عدم إمكان احضار الجزء إلا بالجملة فيسري،

نظر، ينشأ: من عدم السريان كالبيع، ومن عدم إمكان احضار الجزء إلا بالجملة فيسري).

في التحرير جعل الرأس من القسم الثاني[١]، وهنا وفي الارشاد والتذكرة[٢] جعله مما يعبر به عن الجملة، وليس ببعيد، فان التعبير بالوجه عن الجملة معروف والرأس ليس أبعد منه.

أما ما لا يعبر به عن الجملة، ولايمكن الحياة بدونه كالكبد، والثلث، والربع ونحوهما في صحة الكفالة بكفالته نظر، ينشأ: من أن العقد الجاري على أحد هذه لا يسري الى المجموع، كما في البيع فانه اذا وقع على جزء معلوم بالإشاعة صح فيه، وعلى جزء معين يكون باطلاً ولا يسري.

ومن أن كفالة الجزء الذي لايمكن الحياة بدونه يفضي الى كفالة المجموع؛ لأن احضاره لا يمكن إلا باحضار المجموع، واستقرب في التحرير الصحة[٣].

ولقائل أن يقول: إن احضاره، وإن كان غير ممكن بدون احضار المجموع، لا يقتضي الصحة؛ لأن الاحضار فرع الكفالة، والمطلوب إنما هو صحة الكفالة، (واحضار ذلك العضو)[٤] وحيث أن صحتها إنما تكون بكفالة المجموع لم تصح هاهنا، إذ المتكفل به ليس هو المجموع ولا مايستلزمه، وإن كان حكم الكفالة ـ وهو احضار ذلك العضو ـ غير ممكن إلا باحضار المجموع، والعقود أسباب متلقاة من الشرع، فلا بد في صحتها من النص.

---

(١) تحرير الأحكام ١: ٢٢٤.

(٢) التذكرة ٢: ١٠٠.

(٣) تحرير الأحكام ١: ٢٢٤.

(٤) ما بين القوسين لم يرد في «ق».

وكذا لو كان جزءاً يمكن الحياة مع انفصاله كيده ورجله.

و: لو هرب المكفول، أو غاب غيبة منقطعة فالأقرب الزام الكفيل بالمال، أو احضاره مع احتمال براءته، ويحتمل الصبر.

فان قيل: يجوز التعبير بالجزء من الجملة مجازاً.

قلنا: ما كان التعبير به عنها متعارفاً لا بحث فيه، وإنما البحث فيما ليس بمتعارف.

قوله: (وكذا لو كان جزءاً يمكن الحياة مع انفصاله كيده ورجله).

أي: هذا كالأول فيه وجهان ناشئان: من عدم السريان وإمكان الانفصال مع بقاء الحياة، ومن أن احضار ذلك على صفته لا يكون إلا باحضار البدن، ولا شبهة في أن الصحة هنا أبعد، والذي يقتضيه النظر المنع.

قوله: (لو هرب المكفول، أو غاب غيبة منقطعة فالأقرب الزام الكفيل بالمال، أو احضاره مع احتمال براءته، ويحتمل الصبر).

وجه القرب: أن ذلك مقتضى الكفالة، فانها تقتضي احضار الغريم، أو أداء ما عليه من المال، والأصل بقاء ذلك الى أن يحصل المبرئ وهو المسقط للحق، أو موت المكفول وهو الأصح. ويحتمل البراءة لأن الاحضار واجب مع الإمكان.

واذا غاب غيبة انقطع بها خبره، كان احضاره ممتنعاً، فكان بمنزلة ما لو مات. ولأن وجوب الاحضار اذا سقط لم يجب المال؛ لأنه لم يتعهد به، ووجوبه مع وجوب الإحضار اذا لم يأت به لا يقتضي وجوبه بدونه.

ويضعف بمنع كون احضاره مع الغيبة المنقطعة ممتنعاً، بل هو أمر ممكن، فيجب على الكفيل تتبعه في البلاد، أو أداء ما عليه.

ويحتمل وجوب الصبر توقعاً للمكنة؛ لأن الإحضار في هذا الحال لما امتنع وجب الصبر الى أن يعلم مكانه، ولا تسقط الكفالة لعدم المسقط، وضعفه يظهر مما

ز: يجب على المكفول الحضور مع الكفيل إن طلبه المكفول له منه، وإلا فلا إن كان متبرعا، وإلا فكالأول.

سبق، ولو وقع في بلاد الكفر بحيث لا يقدر عليه، أو في حبس ظالم بحيث لا يمكن تخليصه وجب الصبر الى زمان إمكان احضاره، ولو رجي تخليصه بوجه وجب عليه السعي فيه، ولو احتاج الى بذل مال فاشكال، وغيبته حال الكفالة كغيبته بعدها.

ولو ماطل في احضاره حتى هرب، أو غاب غيبة منقطعة، أو هرّبه فان أوجبنا المال فلا بحث، وإلا ففي الوجوب وعدمه هنا اشكال، ونحوه قال في التذكرة[١].

واعلم أن جمع المصنف بين هرب وغاب غيبة منقطعة، يشعر بأن الهرب كالغيبة المنقطعة في احتمال البراءة، وإن علم موضعه وهو ممكن اذا قطع بأنه متى توجه اليه الكفيل هرب عنه الى موضع اخر، وهكذا.

قوله: (يجب على المكفول الحضور مع الكفيل إن طلبه المكفول له منه، وإلا فلا إن كان متبرعاً، وإلا فكالأول).

حيث أنه لا يشترط رضى المكفول في صحة الكفالة اذا وقعت بدون الاذن، فلا يخلو: إما أن يطلب المكفول (له من الكفيل احضار المكفول،أو لا، فان طلبه وجب على المكفول)[٢] متابعة الكفيل اذا طلب حضوره؛ لأن طلب المكفول له المكفول منه توكيل له في احضاره، فلا يجوز له الامتناع.

وإن لم يطلب احضاره، فان قال: اخرج من حقي ففي وجوب المتابعة وجهان: من أن ذلك ليس توكيلاً في الاحضار، إذ هو طلب الحق فلا تجب المتابعة، ومن أن المطالبة بمقتضى الكفالة وهو الاحضار، أو دفع من (اصل)[٣]

---

(١) التذكرة ٢: ١٠٢.

(٢) مابين القوسين ساقط من نسخة «م».

(٣) لم ترد في «م».

ح: لو أسلم الكفيل على الخمر برئ من الكفالة، ولو أسلم أحد الغريمين برئ الكفيل والمكفول على اشكال فيهما.

المال، وهذا الوجه ليس بذلك البعيد، وعبارة المصنف تقتضي الأول لقوله: (وإلا فلا...).

وإن لم يطلب منه الإحضار، ولاقال: له اخرج من حقي، ولكن أراد هو احضاره فلا يجب عليه المتابعة؛ لأنه متبرع بالكفالة فلا حق له على المكفول، ولو كفل بالإذن وجب عليه المتابعة قطعاً.

وقول المصنف: (وإلا فكالأول) معناه وإن لم يكن متبرعاً، بل كانت الكفالة بالاذن فكالأول، اعني ما اذا طلب المكفول له من الكفيل احضار المكفول، إذ تجب عليه المتابعة حينئذ كما ذكرنا.

اذا تقرر هذا، فلو أدى المال عنه في شيء من هذه المواضع، فان كان متبرعاً بأدائه لم يرجع قطعاً، وإن كان قد كفل بالاذن سواء شرط الرجوع بما يؤديه أو مطلقاً على اظهر الوجهين، اذا ادى مع تعذر احضار المكفول، ومطالبة المكفول له وتضيقه فله الرجوع عليه؛ لأن الاذن في الكفالة اذن في لوازمها، ومن جملة لوازمها الأداء مع عدم الاحضار.

أما اذا تمكن من الاحضار، وادى المال فقد قال في التذكرة: إن الأقرب أنه لا يرجع وإن كانت الكفالة باذنه؛ لأن الواجب في الكفالة الاحضار مع المكنة، وقد امكن فيكون في أداء المال متبرعاً، سواء حبس مع ذلك أم لا[1]، وما قربه قريب.

قوله: (لو أسلم الكفيل على الخمر برئ من الكفالة، ولو اسلم أحد الغريمين برئ الكفيل والمكفول على اشكال فيهما).

هنا مسألتان والاشكال فيهما معاً، فهما مرجع الضمير في قوله: (على اشكال فيهما).

---

(١) التذكرة ٢: ١٠٢.

. . . .

أ: اذا كانت الكفالة بين ذميين لمديون بخمر، واسلم الكفيل برئ من الكفالة على اشكال، ينشأ: من امتناع كون المسلم كفيلاً بالخمر، فتبطل ويبقى الحق بين ذميين كما كان. ومن أن الكفالة ليست بالخمر، بل بمن عليه الخمر. وهو حق بالنسبة الى الذميين يثبت في الذمة مع عدم التظاهر، وشرط صحة الكفالة ثبوت حق في الجملة فيتناول ذلك.

والحق أن الوجه الأول ضعيف جداً، لأن الاسلام لا يسقط حق الذمي وإن كان خمراً، فتجب قيمته عند مستحليه، فانه محترم بالنسبة إليه.

ولهذا يمنع المسلم من التعرض اليه، ويضمن قيمته لو اتلفه مع عدم التظاهر، بل قد بالغ السيد الفاضل عميد الدين فجوّز كفالة المسلم للذمي اذا كان في ذمته خمر أو خنزير لذمي آخر، محتجاً بأن الكفالة ليست بالمال، بل بالنفس مع ثبوت الحق للمكفول له في ذمة المكفول، وهو هنا كذلك.

ولا شبهة في وجوب الحضور على المديون هنا الى مجلس الحكم لو طلبه المستحق، فلا مانع من صحة الكفالة أصلاً، وما ذكره حسن.

ب: الصورة بحالها واسلم أحد الغريمين فقط، وفي الحكم اشكال ينشأ: من عدم وجوب الخمر على المسلم، وامتناع استحقاقه اياها فيبرؤون جميعاً. ومن أن الواجب بالنسبة الى المسلم هو القيمة عند مستحليه، والأصل بقاء الكفالة.

والتحقيق أن يقال: إن كان المسلم هو مستحق الخمر سقط، اذ الواجب قبل الاسلام إنما هو الخمر، وقد امتنع استحقاقه بالاسلام، لامتناع ملك المسلم إياه، والأصل براءة الذمة من وجوب القيمة على الذمي، وحيث كان المانع من جهة المسلم انتفى استحقاق القيمة.

وإن كان المسلم هو من عليه الخمر كان عليه القيمة عند مستحليه؛ لأنه باسلامه منع الخمر المستحق في ذمته لذمي مستتر، فيجب الانتقال الى القيمة، فتنتفي الكفالة هنا، وتزول في الفرض الأول ويبرؤون جميعاً.

أما لو كان ضامناً فإنه لا يسقط بإسلام المضمون عنه، وفي رجوع الضامن المأذون عليه بالقيمة نظر.

ط: لو خيف على السفينة الغرق فألقى بعض الركبان متاعه لتخف لم يرجع به الى أحد وإن قصد الرجوع به أو قال له بعضهم: ألقه فألقاه.

قوله: (أما لو كان ضماناً فانه لا يسقط باسلام المضمون عنه، وفي رجوع الضامن المأذون عليه بالقيمة نظر).

لما كان الضمان ناقلاً، لم يسقط حق المضمون له عن الضامن باسلام المضمون عنه لو كان الدين خمراً؛ لانتقاله الى ذمة الضامن، وبراءته من حق المضمون له، لكن لو كان الضمان بالإذن وأدى الضامن الى المضمون له ما ضمنه، فهل للضامن الرجوع عليه بالقيمة؟ نظر ينشأ: من أنه أدى دينه باذنه فيستحق الرجوع، ولما تعذر الرجوع بالمثل لاسلامه استحق الرجوع بالقيمة، ولأنه باسلامه متلف لخمر محترمة على ذمي فتكون مضمونة. ومن أن الرجوع إنما هو بما أدى، ولم يؤد إلا الخمر، ويمتنع الرجوع بها على المسلم بها، والقيمة لم يضمنها ولم يؤدها.

ويضعّف بأن الواجب هو الخمر، ولما تعذر على المسلم أداؤها تعذر المثل، فوجب الانتقال الى القيمة، فوجوب القيمة ليس بالأداء بل بأمر آخر، خصوصاً والمانع من حق الغير إنما هو اسلام المستحق عليه، فكيف يسقط لا إلى بدل، فوجوب القيمة اقوى.

قوله: (وإن قصد الرجوع به، أو قال له بعضهم: ألقه فالقاه).

هذا وصلي لما قبله، ووجه عدم الرجوع في الأول أنه أتلف متاعه باختياره، من غير أن يلتزم له أحد بالرجوع به فلا يرجع، وليس هذا كايجار المضطر الطعام؛ للاذن من الشارع حيث أوجبه وهو مقتض[1] للرجوع، وفي

---

(١) في «ق»: متضمن.

أما لو قال له: ألقه وعليّ ضمانه فألقاه فعلى القائل الضمان للحاجة.

ولو قال: عليّ وعلى ركبان السفينة ضمانه فامتنعوا، فإن قال: أردت التساوي لزمه قدر نصيبه.

الثاني أن الأمر بالإلقاء باختياره لا يستلزم التزام الرجوع.

قوله: (أما لوقال: ألقه وعليّ ضمانه فالقاه فعلى القائل الضمان للحاجة).

لا ريب أنه اذا قال: ألقه وعليّ ضمانه يضمن ما القاه بالتزامه الضمان (للحاجة)[1]، وهذا وإن كان ضماناً لما لم يجب، لكنه حكم بصحته للحاجة الداعية اليه، فان فيه استنقاذاً للنفوس، وربما ضاق الوقت عن اجراء المعاملة فيه، وربما اقتضت تجاذبا فيفوت الغرض. هذا إن جعلناه ضماناً، وإن جعلناه جعالة لكون المجعول في مقابله عملاً مقصوداً محللاً خلصنا من الإلزام، ونحوه قال في التذكرة[2].

فرع: لو قطع بغرق السفينة وهلاك بعض أهلها، وبسلامتها لوالقى المال في البحر، ففي وجوب الإلقاء لإنقاذ الغير من الهلاك اشكال.

قوله: (ولو قال: عليّ وعلى ركبان السفينة ضمانه فامتنعوا، فان قال: أردت التساوي لزمه قدر نصيبه).

المراد بالتساوي: أن يكون هو كأحدهم فيما يصيبه من المال بعد التوزيع، فحينئذ يوزع ويلزم بقدر نصيبه؛ لأن الاشتراك يقتضي ذلك.

وإن قال: أردت به ضمان اشتراك وانفراد، على معنى أن كل واحد ضامن للمجموع لزم القائل ضمان الجميع؛ ولا شيء على الباقين في الصورتين، سواء سمعوا وسكتوا أو قالوا: لانضمن أولم يسمعوا؛ لأن السكوت أعم من

---

(١) لم ترد في «م».

(٢) التذكرة ٢: ١٠٣.

ولو قال: وعليّ ضمانه وعلى الركبان فقد أذنوا لي فأنكروا بعد الالقاء ضمن الجميع بعد اليمين على اشكال، ينشأ: من استناد التفريط الى المالك. ولو لم يكن خوف فالأقرب بطلان الضمان.

الرضى.

وقول المصنف: (فامتنعوا) يحتمل أن يكون بعد الإلقاء فيشمل الصور الثلاث، أو قبله فيكون صورة واحدة وهي الرد، ولا يخفى أنه لوادعى الأمر الأول ولم يصدقه صاحب المال كان له تحليفه.

قوله: (ولو قال: عليّ ضمانه، وعلى ركبان السفينة فقد أذنوا لي فانكروا بعد الإلقاء ضمن الجميع بعد اليمين على اشكال...).

لا يخفى أن الظرف الأول يتعلق بـ (أنكر)، واحترز[1] به عما لو كان الانكار قبل الالقاء، فانه لا يضمن حينئذ سوى حصته؛ لأن التفريط أو التضييع حينئذ من المالك، والظرف الثاني يتعلق بـ (ضمن)، والمراد أن ضمانه للجميع إنما يكون بعد يمينهم على عدم الإذن له في الضمان عنهم.

ومنشأ الاشكال مما ذكره المصنف، أعني استناد التفريط الى المالك حيث ألقى متاعه قبل الاستيثاق، ومن أن المغرور يرجع على من غره. ويضعف بمنع الغرور هنا، فإنه قد يكون صادقاً فيا أخبر عنهم، والخيانة من قبلهم في الانكار وترك الاشهاد، والسؤال منهم مستند الى تقصير المالك فالأصح أنه لا يضمن إلا حصته.

بقي شيء، وهو أنه لو ثبت أنهم لم يأذنوا له بالبينة وإن عسر؛ لأنه شهادة على النفي أو باقراره، فهل يضمن لكونه قد غر المالك حينئذ؟ لا استبعد الضمان هنا.

قوله: (ولو لم يكن خوف فالأقرب بطلان الضمان).

وجه القرب أنه ضمان ما لم يجب، ولم تمس الحاجة اليه إن جعلناه

---

(١) في «ق»: يحترز.

وكذا مزق ثوبك وعليّ الضمان، أو اجرح نفسك وعليّ ضمانه، بخلاف طلّق زوجتك وعليّ كذا.

ي: الأقرب انتقال حق الكفالة الى الوارث، ولو انتقل الحق عن المستحق ببيع أو إحالة وغيرها برئ الكفيل، وكذا لو أحال المكفولُ المستحق؛ لأنه كالقضاء.

ضماناً، وإن جعلناه جعالة فليست على عمل مقصود بخلاف محل الحاجة، ويحتمل ضعيفاً الصحة للانتفاع بالالقاء[1] لخفة السفينة، وليس بشيء.

قوله: (وكذا مزّق ثوبك وعليّ ضمانه، أو اجرح نفسك وعليّ ضمانه).

أي: ضمان الثوب والجرح؛ لأنه مع كونه ضمان ما لم يجب يعد سفهاً.

قوله: (بخلاف طلق زوجتك وعليّ كذا).

وكذا اعتق عبدك وعليّ كذا، فانه يصح ذلك جعالة، فيلزم الجعل اذا أتى بالمجعول عليه، ودليل الصحة أنه عمل مقصود محلل، وربما كان عالماً بالتحريم بينهما فطلب التفرقة بالعوض، أو علم كون العبد حراً في الواقع، أو طلب ثواب العتق، أو نحو ذلك من المقاصد الصحيحة للعقلاء.

قوله: (الأقرب انتقال حق الكفالة الى الوارث، ولو انتقل الحق عن المستحق ببيع أو احالة وغيرها برئ الكفيل، وكذا لو أحال المكفول المستحق لأنه كالقضاء).

قد سبق ثبوت انتقال حق الكفالة بالإرث كسائر الحقوق، وذكرها هنا للفرق بين انتقال الحق عن المورث الى الوارث، وبين انتقال الحق من المستحق الى غيره ببيع ونحوه، فان الكفالة لا تنتقل حينئذ، كما لو باع الدين أو أحال به غيره، ونحو ذلك، فان الكفالة لا تنتقل الى من انتقل اليه الدين؛ لأنه لم ينتقل اليه

---

(١) في «م»: بالابقاء.

يب: لو ادى الكفيل لتعذر احضار المكفول كان له مطالبة المكفول بما اداه عنه، سواء كفل بإذنه أولا.

ولو ظهر بعد الأداء سبق موت المكفول رجع الكفيل على المكفول له.

المقصد الخامس: في الصلح: وفصوله ثلاثة:

الأول: الصلح: عقد سائغ شرع لقطع التجاذب، إلا ما أحل

سواه، لا سائر الحقوق المتعلقة به، على أن الكفالة ليست حقاً قابلاً للنقل بالاختيار، بخلاف الإرث فانه يقتضي نقل كل حق للمورث، فينتقل الدين وما يتعلق به. ومثله ما لو أحال المكفول المستحق بالدين؛ لأن ذلك كالقضاء.

قوله: (لو أدى الكفيل لتعذر احضار المكفول كان له مطالبة المكفول بما أداه عنه، سواء كفل باذنه أولا).

لأنه أدى دينه باذن شرعي فيستحق الرجوع، فعلى هذا لابد من تقييده بمطالبة المكفول له بحيث يكون واجباً عليه.

قوله: (الصلح عقد سائغ شُرع لقطع التجاذب...).

ربما يقال عليه: إن هذا يقتضي اشتراطه بسبق الخصومة كما يراه بعض العامة[1]؛ لأن القاطع للتجاذب مسبوق بالتجاذب، فيجاب. بأن أصل شرعيته لذلك، ولايلزم ثبوت التجاذب في كل فرد من أفراد الصلح، كما في القصر للمشقة في السفر.

فان قيل: السفر المخصوص مظنة المشقة والقصر تابع له، بخلاف الصلح

---

(١) ذهب اليه الشافعي كما في الوجيز ١: ١٧٧.

حراماً أو حرّم حلالاً، كالصلح على استرقاق حر، أو استباحة بضع، أو صالحه بخمر أو خنزير، أو صالحه ـ مع انكاره ظاهراً ـ على بعض ما عليه، سواء عرف المالك قدر حقه أو لا، فإن الصلح في مثل ذلك لا يثمر ملكاً ولا إبراء، إلا أن يعرف المالك ما عليه ويرضى باطناً.

فان الحكم لا يتعلق بما هو مظنة التجاذب كما هو ظاهر

قلنا: حيث تثبت شرعيته لنقل الملك مع الخصومة تثبت شرعيته، والأصل عدم كون الخصومة شرطاً له.

قوله: (كالصلح على استرقاق حر، أو استباحة بضع).

هذا صلح يحل الحرام.

قوله: (أو صالحه بخمر أو خنزير).

هذا يمكن جعله من قبيل ما يحرم الحلال، ويمكن أن يجعل كل من الأقسام محللاً للحرام ومحرماً للحلال باعتبار العوضين.

قوله: (أو صالحه ـ مع انكاره ظاهراً ـ على بعض ما عليه، سواء عرف المالك قدر حقه أو لا، فإن الصلح في مثل ذلك لا يثمر ملكاً ولا إبراء، إلا أن يعلم المالك ما عليه ويرضى باطناً).

لا بحث في صحة الصلح مع الاقرار، أما مع الانكار فاذا أنكر المدعى عليه المدعى به ظاهراً وصولح على بعض ما عليه ـ أي على قدر بعض ما عليه في الواقع، سواء كان من جنسه أم لا، ومنه ما لو صالحه ببعض ما ادعى به ـ فان هذا الصلح باطل بحسب الواقع، ولا يثمر ملكاً إن كان المدعى به عيناً، ولا إبراء إن كان ديناً، سواء عرف المالك قدر حقه أم لا، وسواء ابتدأ هو بطلب الصلح عن حقه أم لا؛ لأن صلحه ربما كان توصلاً الى أخذ بعض حقه، إلا أن يعلم أن المالك قد رضي باطناً مع علمه بقدر الحق.

فلو كان له عليه دين لا يعلمه، فصالحه عليه بأقل منه من غير أن يعلمه

وكذا لو كان المدعي كاذباً فصالحه المنكر فإنه غير مباح، إلا مع الرضى الباطن، وهو أصل في نفسه ليس فرعاً على غيره وإن أفاد فائدته.

بقدره لم يبرأ بذلك؛ لرواية علي بن أبي حمزة، عن أبي الحسن عليه السلام في يهودي أو نصراني كان له عند السائل أربعة آلاف درهم ومات، اصالح ورثته ولا اعلمهم كم كان؟ قال: «لا يجوز حتى تخبرهم»[1]، هذا حال الصلح في نفس الأمر، وأما ظاهراً فانه صحيح يحكم على كل منهما به.

نعم لو اقر المدعى عليه بعد الصلح بصحة الدعوى وجب تسليم المدعى به ظاهراً أيضاً، ثم المدعي إن كان قد رضي بالصلح باطناً لا يجوز له أخذه، وإلا أخذه.

قوله: (وكذا لو كان المدعي كاذباً فصالحه المنكر فانه غير مباح، إلا مع الرضى الباطن).

لأن الظاهر أنه يريد التخلص من عهدة دعواه الكاذبة، ولأنه مع عدم التراضي اكل مال بالباطل، هذا بحسب نفس الأمر، أما بحسب الظاهر فانه صلح صحيح. ولو ادعى مثلاً بخط مورثه أو وكيله ونحوه، فاتجه على المنكر اليمين فأراد الصلح لقطع هذه الخصومة واسقاط اليمين، فليس بعيداً من الصواب صحته ظاهراً.

وما في نفس الأمر تابع لصحة الدعوى وعدمها، ويحتمل الصحة مطلقاً؛ لأن اليمين حق فيصح الصلح لاسقاطها.

قوله: (وهو أصل في نفسه ليس فرعاً على غيره، وإن أفاد فائدته).

هذا هو المشهور والأصح، وللشيخ قول بأنه فرع على غيره[2]، وهو مذهب الشافعي[3]، فجعله فرع البيع اذا افاد نقل الملك، وفرع الاجارة اذا وقع على

---

(١) الكافي ٥: ٢٥٩ حديث ٦، الفقيه ٣: ٢١ حديث ٥٤، التهذيب ٦: ٢٠٦ حديث ٤٧٢.

(٢) المبسوط ٢: ٢٨٨.

(٣) المجموع ١٣: ٣٨٥-٣٨٧.

ويصح على الاقرار والانكار من غير سبق خصومة، ومع سبقها سواء علما بقدر ما تنازعا عليه أو جهلاه، ديناً كان أو عيناً، وهو لازم من الطرفين لا يبطل إلّا باتفاقهما على فسخه.

ولابد من متعاقدين كاملين، وما يتصالحان به، وعليه.

المنفعة، وفرع الإبراء اذا اقتضى اسقاط بعض الدين، وفرع الهبة اذا تضمن هبة بعض العين، بان يصالح من العين على بعضها، وفرع العارية فيما اذا أقر له بدار في يده، وصالحه على سكناها سنة، وهو مردود، فان افادة عقد فائدة اخر لا يقتضي كونه من افراده.

قوله: (ويصح على الاقرار والانكار من غير سبق خصومة، ومع سبقها سواء علما بقدر ما تصالحا عليه أو جهلاه، دينا كان أو عيناً).

خالف الشافعي في الصلح على الانكار فمنع منه، وكذا منع من الصلح من غير سبق خصومة[١]، وعندنا يصح الصلح في ذلك، ولا فرق بين علمهما بقدر ما تصالحا عليه وجهلهما؛ لحسنة حفص بن البختري عن الصادق عليه السلام[٢]، ولو علم من عليه الحق وجب عليه إعلام الآخر.

ولا يحكم بصحة الصلح بدون الإعلام؛ لرواية علي بن أبي حمزة السالفة[٣]، ولعدم العلم بالرضى الباطن، إلا أن يعلم أنه قد رضي بالصلح كائناً ما كان المصالح عليه، وقد صرح به في التذكرة[٤].

قوله: (ولا بد من متعاقدين كاملين).

وكذا لابد من صيغة مشتملة على الايجاب والقبول، كسائر العقود اللازمة.

قوله: (وما يتصالحان به، وعليه).

---

(١) كفاية الأخيار ١ :١٦٧، الوجيز ١ :١٧٨، فتح العزيز ١٠: ٣٠١-٣٠٢ المجموع ١٣ :٣٩٠.
(٢) الكافي ٥ :٢٥٩ حديث ٥، التهذيب ٦ :٢٠٨ حديث ٤٧٩.
(٣) الكافي ٥ :٢٥٩ حديث ٦، الفقيه ٣ :٢١ حديث ٥٤، التهذيب ٦ :٢٠٦، حديث ٤٧٢.
(٤) التذكرة ٢: ١٧٨-١٧٩.

ويشترط فيهما التملك، ولو صالح على عين بأخرى في الربويات ففي إلحاقه بالبيع نظر،

لأنه من عقود المعاوضات فلابد من عوضين.

قيل عليه: إن الصلح اذا وقع موقع الإبراء، كما لو صالحه من الحق على بعضه فانه صحيح؛ لعموم شرعية الصلح وليس فيه عوضان.

قلنا: تكفي في المغايرة الجزئية والكلية.

قوله: (ولو صالح على عين باخرى في الربويات ففي الحاقه بالبيع نظر).

ينشأ: من امكان اختصاص الربا بالبيع، فيتمسك في الصلح باصالة الجواز. ومن أن ظاهر قوله سبحانه: (وحرم الربا)[1] يقتضي تحريم الزيادة في المتماثلين في كل المعاوضات فلا يختص بالبيع، وفي هذا قوة وتمسك بجانب الاحتياط. ومن جعل الصلح بيعاً فلا اشكال عنده في تحريم الزيادة.

وقد قال الشارح الفاضل: إن الشيخ ألحقه بالربويات، واختاره ابن البراج، وهو يبنى على قاعدتين:

أ: الصلح بيع أم لا؟

ب: الربا يختص بالبيع أم يعم[2]؟

وهذا كلام فاسد؛ لأنه لا معنى لالحاقه بالربويات عند الشيخ وابن البراج، إذ هو بيع على قولها.

ثم بنى ذلك على قاعدتين أعجب، وإن كان المبني كلام المصنف فاغرب؛ لأن المصنف قد حكم سابقاً بأنه أصل برأسه لا فرع على غيره، فكيف يكون تردده لاحتمال كونه فرعاً، وإنما تردده لاحتمال عدم اختصاص الربا بالبيع.

---

(١) البقرة: ٢٧٥.

(٢) ايضاح الفوائد ٢: ١٠٤.

وكذا في الدين بمثله، فإن ألحقناه فسد لو صالح من ألف مؤجل بخمسمائة حال.

ولو صالح من ألف حال بخمسمائة مؤجل فهو إبراء على اشكال، ويلزم التأجيل،

قوله: (وكذا في الدين بمثله).

أي: وكذا يجيء النظر في الصلح عن الدين بمثله، أي: بدين آخر فانه يحتمل عدم صحته؛ نظراً الى مشاركته للبيع في علة المنع فيشتركان في الحكم، والأصح العدم.

قوله: (فان الحقناه فسد لوصالح من الف مؤجل بخمسمائة حال).

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

أي: فان الحقنا الصلح بالبيع في تحريم الربا، فصالح من ألف درهم مؤجل بخمسمائة درهم حالة فسد، كما اذا باع ألفاً مؤجلة بخمسمائة حالة للربا.

قوله: (ولو صالح من ألف حال بخمسمائة مؤجل فهو ابراء على اشكال، ويلزم التأجيل).

لما كان الصلح قد يفيد فائدة الإبراء احتمل صحته في هذه الصورة، وهي ما لو صالح من الف حال بخمسمائة مؤجل. والفرق بينها وبين التي قبلها: أنه في التي قبلها جعل الحلول في مقابل خمسمائة فامتنع الإبراء فيها؛ لأن الإبراء اسقاط محض، وما كان في مقابله شيء لا اسقاط فيه، بخلاف الأخيرة؛ لأن الخمسمائة المسقطة لا في مقابله شيء، إذ الأجل المشروط نقصان اخر، وضعف هذا الفرق ظاهر. ومنشأ الاشكال: من أنه إبراء كما ذكرنا، ومن أن الصلح معاوضة بالاستقلال لثبوت المغايرة بين العوضين، ووقوع أحدهما في مقابلة الآخر.

فإن قلنا بالصحة لزم الأجل خلافاً للشافعي[1]، وربما استدل على الصحة

---

(١) الوجيز ١: ١٧٨، فتح العزيز ١٠: ٣٠٠.

وليس طلب الصلح اقراراً بخلاف بعني أو ملّكني.

ولو اصطلح الشريكان على أن لأحدهما رأس ماله وللآخر الربح والخسران صح.

ولو صالح عن الدنانير بدراهم، أو بالعكس صح ولم يكن صرفاً،

بقول النبي صلى الله عليه وآله لكعب بن مالك: «اترك الشطر واتبعه ببقيته»[1] وروي ذلك عن الصادق عليه السلام.

وجوابه القول بالموجب، فان الترك ليس معاوضة وإنما هو تصريح بالابراء وكلامنا في المعاوضة، والذي يقتضيه النظر البطلان في الصورتين للزوم الربا المحرم.

قوله: (وليس طلب الصلح اقراراً بخلاف بعني أو ملكني).

خلافاً لبعض العامة[2]، فان الصلح قد يكون على الانكار، وأما البيع والتمليك فهما فرع الملك.

قوله: (ولو اصطلح الشريكان على أن لأحدهما رأس ماله وللآخر الربح والخسران صح).

هذا اذا انتهت الشركة وأُريد فسخها وكان بعض المال ديناً؛ لصحيحة أبي الصباح عن الصادق عليه السلام في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه ربحاً، وكان من المال دين وعين فقال أحدهما لصاحبه: اعطني رأس المال والربح لك وما توى[3] فعليك فقال: «لا بأس به اذا شرط»[4] الحديث.

قوله: (ولو صالح عن الدنانير بدراهم، أو بالعكس صح ولم يكن صرفاً).

لأن الصلح عقد مستقل بنفسه، والصرف بيع فلا يشترط في الصلح

---

(١) سنن أبي داود ٣: ٣٠٤ حديث ٣٥٩٥.

(٢) نسب هذا الخلاف الى الشافعي في أحد وجهيه، انظر: فتح العزيز ١٠: ٣٠٢.

(٣) توى المال: هلك، مجمع البحرين (توا) ١: ٧١.

(٤) التهذيب ٦: ٢٠٧ حديث ٤٧٦.

ولو ظهر استحقاق أحد العوضين بطل الصلح. ويصح على كل من العين والمنفعة، بجنسه أو مخالفه.

ولوصالح على ثوب أتلفه بدرهم على درهمين لزم.

الفصل الثاني: في تزاحم الحقوق: يجوز اخراج الروشن، والجناح، ووضع الساباط، واستجداد الأبواب، ونصب الميازيب في

التقابض لو كان العوضان من الأثمان.

قوله: (ويصح على كل من العين والمنفعة بجنسه أو مخالفه).

لأنه يفيد فائدة عقود متعددة كما سبق، ولو صالح على اسقاط خيار، أو على حق أولوية ونحو ذلك صح.

قوله: (ولو صالح على ثوب اتلفه بدرهم على درهمين لزم).

هذا إن لم نقل: إن الربا يعم الصلح، أو قلنا إن القيمي يثبت في الذمة مثله، ثم ينتقل الى القيمة لتعذر المثل، واختار المصنف في المختلف الصحة[1] كما هنا، واستشكله شيخنا الشهيد في الدروس[2]، ومنعه في الخلاف[3] والمبسوط[4]، وابن البراج[5]، واحتج المصنف[6] بعموم روايات[7] معارضة بقوله تعالى: (وحرم الربا)[8]، والأصح عدم الصحة.

قوله: (يجوز اخراج الروشن، والجناح، ووضع الساباط).

لا فرق بين الروشن والجناح، فان كل واحد منها اخراج الخشب من الجدار والبناء عليه ونحوه، بحيث لايصل الى الجدار المقابل، فان وصل فهو

---

(١) المختلف: ٤٧٥.

(٢) الدروس: ٣٧٨.

(٣) الخلاف ٢:٧٦ مسألة ١٠ كتاب الصلح.

(٤) المبسوط ٢:٣٠٨.

(٥) نقله عنه العلامة في المختلف: ٤٧٥.

(٦) المختلف: ٤٧٥.

(٧) الكافي ٥:٢٥٩ حديث ٥، ٧، التهذيب ٦:٢٠٦، ٢٠٨ حديث ٤٧٣، ٤٧٩.

(٨) البقرة: ٢٧٥.

الطرق النافذة مع انتفاء ضرر المارة وإن عارض مسلم.

أما لو كانت مضرة، أو أظلم بها الدرب على الأقوى، أو كانت في المرفوعة فإنه لا يجوز.

الساباط، وفسر اللغويون الروشن بانه الكوة[1].

قوله: (وإن عارض مسلم).

خلافا للشيخ منا[2]، وابي حنيفة من العامة[3] فيما اذا عارض مسلم فانه منع، حكاه المصنف في التذكرة[4].

قوله: (أما لو كانت مضرة، أو اظلم بها الدرب على الأقوى، أو كانت في المرفوعة فانه لا يجوز).

الضابط في الضرر وعدمه العرف، ويختلف باختلاف حال الطرق، وظلمة الدرب بها إن كانت بحيث يزول الضياء بالكلية مانعة اجماعاً، وبدونه كذلك على الأقوى، خلافاً للشيخ[5]؛ لأن ذلك يضر بضعيف البصرية نهاراً وفي الليل مطلقاً.

ولو كان اخراج شيء من هذه في غير النافذة، وهي الطريق المرفوعة المسدودة لم يجز؛ لأنها مملوكة لأرباب الأبواب فيها، وهم محصورون فلا يجوز لأحدهم التصرف فيها بدون إذن الباقين.

---

(١) كما في الصحاح (رشن) ٥: ٢١٢٤، ولسان العرب (رشن) ١٣: ١٨١.

(٢) المبسوط ٢: ٢٩١، والخلاف ٢: ٧٤: ٧٥ مسألة ٢ كتاب الصلح.

(٣) فتح العزيز ١٠: ٣٠٨، المجموع ١٣: ٣٩٦.

(٤) التذكرة ٢: ١٨١.

(٥) المبسوط ٢: ٢٩١، علما بأن عبارته مطلقة تشمل زوال الضياء بالكلية أو قسما منه، فالشيخ لا يحسبه مانعا على ما يبدو.

قال في المفتاح ٥: ٤٧٤: (ولعل اطلاقه منزل على الظلمة الغير المزيلة للضياء بالكلية... وقد لا يكون الشيخ مخالفا عند التأمل)، فتأمل جيدا.

ولو أذن أرباب الدرب المرفوع، أو فتح روزنة، أو شباكاً جاز، واذنهم إعارة يجوز الرجوع فيه.

ويمنع من استجداد باب في المرفوعة لغير الاستطراق دفعاً للشبهة، ويجوز الصلح بينه وبين أرباب المرفوع على إحداث روشن وشبهه على رأي، وليس لغيرهم مع رضاهم الاعتراض.

قوله: (ولو اذن أرباب الدرب المرفوع، أو فتح روزنة، أو شباكا جاز).

لا بحث في الجواز مع الإذن، ولو أراد فتح روزنة أو شباك جاز وإن لم يأذنوا أو نهوا؛ لأنه إنما يتصرف في جداره ولا ضرر عليهم.

قوله: (ويمنع من استجداد باب في المرفوعة لغير الاستطراق دفعاً للشبهة).

المراد بالشبهة: ما يشعر به الباب من ثبوت حق الاستطراق، فربما استدل به على ثبوت الاستحقاق بمرور الأيام، ولأن الباب بعد فتحه لا ينضبط عدم الاستطراق به، ولا يؤمن حصوله ليلاً ونهاراً. ويحتمل ضعيفا الجواز كما سيأتي.

قوله: (ويجوز الصلح بينه وبين أرباب المرفوع على احداث روشن وشبهه على رأي).

لعموم الدلائل الدالة على جواز الصلح[1] بحيث تتناول هذا، وهو مختار ابن ادريس[2]، وهو الأصح. وقال الشيخ[3] وابن البراج[4]: لا يجوز لأن فيه افراداً للهواء بالبيع، وهو يقتضي البناء على أن الصلح فرع البيع وقد بينا ضعفه.

---

(١) منها: ما رواه الكليني في الكافي ٥: ٢٥٩ حديث ٥، والشيخ في التهذيب ٦: ٢٠٨ حديث ٤٧٩.

(٢) لم نجده في السرائر، وقال السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٥: ٤٧٦: (.. موافق للسرائر فيما حكي لاني لم أجده).

(٣) قاله في المبسوط ٢: ٢٩٢.

(٤) نقله عنه فخر المحققين في ايضاح الفوائد ٢: ١٠٦.

ولكل من له الاستطراق فيه إزالة ما أحدثه بغير إذن، ولذي الدارين المتلاصقين في دربين مرفوعين فتح باب بينهما.

وفي استحقاق الشفعة حينئذ نظر،

قوله: (ولكل من له الاستطراق فيه ازالة ما أحدثه بغير اذن).

لأنه تصرف في حقه بغير اذنه فكان له ازالته، ولا فرق بين أن يأذن الباقون أو لا.

قوله: (ولذي الدارين المتلاصقين في دربين مرفوعين فتح باب بينهما).

وليس لأحد من اهل واحدة من السكتين منعه؛ لأنه يستحق المرور في كل من السكتين، ورفع الجدار الحائل بين الدارين وجعلها داراً واحدة جائز اجماعاً، ففتح باب من احداهما الى الأخرى بطريق أولى، اذ هو عبارة عن رفع بعض الجدار.

ومنع منه بعض الشافعية[1]؛ لأن ذلك يثبت له حق الاستطراق من الدرب المسدود الى دار لم يكن لها طريق منه، ولأن ذلك ربما أدى الى اثبات الشفعة في قول من يثبتها بالطريق لكل واحد من الدارين في زقاق الاخرى.

وغلّطهم المصنف في التذكرة بالأولوية السابقة اللازمة عن رفع الجدار كله، مع أن المحذور لازم[2].

قوله: (وفي استحقاق الشفعة حينئذ نظر).

أي: وفي بقاء استحقاق الشفعة بسبب الاشتراك في الطريق حينئذ نظر، ينشأ: من التردد في كون ذلك موجباً للاشتراك في الطريق من الجانبين الموجب للكثرة وعدمه.

ويمكن أن يكون المراد: وفي حدوث استحقاق الشفعة لكل من

---

(١) فتح العزيز ١٠: ٣١٣، المجموع ١٣: ٤١٢-٤١٣.

(٢) التذكرة ٢: ١٨٣.

. . . .

الشريكين في الدربين المرفوعين بالنسبة الى الدار الاخرى نظر، ينشأ: من التردد في كون ذلك موجباً للاشتراك وعدمه، إلا أن هذا لا يستقيم إلا على القول بثبوت الشفعة مع الكثرة.

والأصح أن الشفعة على ما كانت قبل فتح الباب، وفتحه لا يوجب ثبوت الاستحقاق لواحدة من الدارين في طريق الأُخرى.

ويمكن أن يكون معنى العبارة: وفي بقاء استحقاق صاحب الدارين المفتوح بينهما، باعتبار كل منهما الشفعة (على شريكه في كل من الدربين المرفوعين، لو باع داره وقلنا باستحقاق الشفعة)[1] بمجرد الاشتراك في الطريق، أو كانت الداران مشتركتين ثم ميزتا بالقسمة وبقي الطريق نظر، ينشأ: من أن مجاز تلك الدار في درب يشاركه فيه آخر، غير الشريك في هذه الدرب فتكثر الشركاء، فينتفي استحقاق الشفعة حينئذ بناءً على المنع منه مع الكثرة. ومن أن شركته مع أزيد من واحد إنما هو باعتبار دارين، فلم يزد الشركاء باعتبار كل واحدة على اثنين.

ويمكن أن يكون المراد: وفي استحقاق الشريك الشفعة لو باع ذو الدارين أحدهما نظر، من تخيل تكثر الشركاء، وعدمه، ويمكن أن يراد كل منهما.

فان قيل: على الفرض الثاني لا يجيء هذا النظر؛ لأن الاشتراك في الطريق اذا كان حادثاً بعد القسمة لا يعتد به، إنما المعتبر الاشتراك قبل القسمة، وتمييز الشقصين مع بقاء الاشتراك في الطريق.

قلنا: يمكن أن يكون الاشتراك في الطريقين لكل من الدارين قبل القسمة، فلما حصلت القسمة سد ما بينهما، ثم طرأ فتح الباب.

ولقائل أن يقول: على هذا التقدير الشريك متكثر لا محالة، ومع ذلك ففرض المسألة لا يطابق هذا، إذ المفروض داران لاحق لأحدهما في درب الأخرى،

(١) ما بين القوسين لم يرد في «م».

وينفرد الأدخل بما بين البابين، ويتشاركان في الطرفين.

ولكل منهما الخروج ببابه مع سد الأول وعدمه،

فلا يجيء النظر في المسألة إلا على قول من يثبتها بمطلق الاشتراك في الطريق، كما ترشد اليه عبارة التذكرة[1].

ولابد في مجيء النظر في استحقاق أحد الشريكين الشفعة، لوباع أحد الدارين من التقييد بعدم اشتراط سد الباب بينهما، فان شرطه فلا وجه للنظر أصلاً.

قوله: (وينفرد الأدخل بما بين البابين).

فيكون الخارج شريكاً الى عند بابه، إذ المقتضي لاستحقاقه الشركة هو الاستطراق ونهايته الباب، وقوى في الدروس مشاركته للأدخل فيما دخل عن بابه، لاحتياجه الى ذلك عند ازدحام الاحمال ووضع الاثقال[2]: وفيه نظر؛ لأنه لا يلزم من الاحتياج الشركة، وإنما المقتضي للملك هو الإحياء، فاذا وضع الباب على وجه معين لم يكن لاستحقاقه فيما دخل عنه وجه، والمشهور الأول، وعليه الفتوى.

قوله: (ويتشاركان في الطرفين).

لانتفاء الأولوية لواحد على غيره بخلاف ما بين البابين؛ لأن ادخلية الباب تقتضي الاستطراق، وهو مختص به فيتحقق الترجيح.

قوله: (ولكل منهما الخروج ببابه مع سد الأول وعدمه).

لأن حق الاستطراق ثابت له الى بابه، فكل ما خرج عنه له فيه شركة، وتصرفه في جداره برفع كله أو بعضه لا شك في جوازه. ولا يقال: إنه بتكثر الأبواب يكثر المستطرقون؛ لأنه لا يتفاوت الحال بكثرة المستطرقين والباب واحد،

---

(١) التذكرة ٢: ١٨٣.

(٢) الدروس: ٣٨١.

فإن سده فله العود اليه، وليس لأحدهما الدخول، ويحتمله إذ قد كان له ذلك في ابتداء الوضع، ورفع الحائط أجمع.

مع أن الازدحام ربما كان اكثر على هذا التقدير.

قوله: (فإن سده فله العود اليه).

لأن حقه الثابت لا يسقط بسد الباب، بل ولا بالاسقاط.

قوله: (وليس لأحدهما الدخول).

أي: ببابه عن موضعه؛ لأنه لاحق له فيا دخل عنه.

قوله: (ويحتمله اذ كان له ذلك في ابتداء الوضع ورفع الحائط اجمع).

أي: ويحتمل جواز الدخول، والعبارة تحتمل أن يريد جواز الدخول بالباب من غير استطراق، وأن يريد مع ذلك جواز الاستطراق، وهو بعيد جداً. والوجه الأول من الوجهين اللذين استدل بهما لوتم لدل على الثاني، بخلاف الوجه الثاني.

وتوضيح الأول: أنه قد كان في ابتداء الوضع مخيراً بين وضع الباب داخلاً وخارجاً، والأصل بقاء ذلك. ويضعّف بأن تملك المباح إنما يقع على الوجه الذي اتفق، فانه قد كان له فتح باب من أي الجوانب شاء، وقد امتنع عليه الآن فتحه الى بيت جاره.

وتوضيح الثاني: ان جعل الباب ادخل عبارة عن رفع بعض الجدار، ورفع جيعه جائز فبعضه أولى. ويضعّف بأن رفع الجميع لاتتطرق اليه شبهة استحقاق الاستطراق، بخلاف جعل الباب ادخل.

قيل عليه: رفع الجميع قد تتطرق اليه شبهة كون الطرف الأدخل كله أو بعضه داخلاً في ملكه.

قلنا: ليس الرفع هو المحصل لهذه الشبهة، نعم هو غيرمانع، بخلاف الباب

وليس للمحاذي في النافذ منع مقابله من وضع الروشن وإن استوعب الدرب، فإن خرب جاز لمقابله المبادرة فليس للأول منعه.

ويجوز جعل الدار اثنتين، ويفتح في المرفوع آخر في موضع له استطراقه، وفتح باب في النافذ لذات المرفوع دون العكس، إلا على الاحتمال،

فانه هو السبب في الشبهة ولاخفاء، لضعف هذا الاحتمال.

قوله: (وليس للمحاذي في النافذ منع مقابله من وضع الروشن وإن استوعب الدرب).

لما لم يكن الطريق النافذ حقاً لذوي الدور فيه، لم يكن للجار المقابل ولا لغيره الاعتراض على بعض أهل الدرب، اذا وضع روشناً لاضرر فيه على المارة، سواء استوعب الدرب أم لا، بشرط أن لا يضع شيئاً منه على جدار المقابل.

قوله: (فإن خرب جاز لمقابله المبادرة فليس للأول منعه).

لأن الأول لم يملك الموضع بوضع الروشن فيه، فلما خرب بناؤه زالت الأولوية وعاد الأمر (الى ما كان)[1].

قوله: (ويجوز جعل الدار اثنتين ويفتح في المرفوع اخر في موضع له استطراقه).

قد سبق أن له أن يفتح لذات الدرب المرفوع باباً آخر أقرب الى صدر الدرب، وهو الموضع الذي له استطراقه، فاذا جعل الدار الواحدة اثنتين، ثم فتح باباً للآخر في موضع له استطراقه لم يكن مانع منعه.

قوله: (وفتح باب في النافذ لذات المرفوع دون العكس).

والفرق جواز احداث الأبواب، والاستطراق في النافذ لكونه غير مملوك بخلاف المرفوع.

قوله: (إلّا على الاحتمال).

---

(١) في «م»: كما كان.

والجدار المختص ليس للجار التصرف فيه بتسقيف، وطرح خشب، وغير ذلك.

ولا تجب عليه الاعارة لو استعاره الجار، بل تستحب.

ولو أذن جاز له الرجوع قبل الوضع وبعده على الأقوى، لكن مع الأرش على اشكال.

أي: دون العكس، فلا يجوز إلا على الاحتمال السابق، من جواز ادخال الباب في المرفوعة؛ نظراً الى أن ذلك كان له في ابتداء الوضع وأن له رفع جميع الجدار، وقد علمت ضعفه.

قوله: (ولا تجب عليه الإعارة لو استعاره الجار بل تستحب).

خلافاً لبعض العامة[1].

قوله: (وبعده على الأقوى لكن مع الأرش على اشكال).

اختلف في جواز الرجوع في عارية الجدار بعد وضع البناء عليه، فقال الشيخ[2] وابن البراج[3] بمنعها؛ لأن الاذن اقتضى الدوام، وافضى الى اللزوم كالاذن في الدفن. وهو ضعيف، فان الأصل أن للمالك التصرف في ملكه كما كان، والحاقه بالدفن قياس مع الفارق، فان تحريم النبش ثابت هنا اتفاقاً.

والأصح أن له الرجوع، وهل يرجع مجاناً أم مع الأرش، وهونقصان بناء الغير على الجدار؟ فيه اشكال ينشأ: من أنه إنما اذن له عارية، ومن خواص العارية الرجوع متى أراد، ومن أنه بناء محترم صدر بالاذن، فلا يجوز قلعه إلا بعد ضمان نقصه، ولأن فيه جمعاً بين الحقين، ولأنه سبب الاتلاف لإذنه، والمباشر ضعيف لأنه بالأمر الشرعي، وهو الأصح.

---

(١) منهم: الشافعي في القديم ومالك وأحمد، راجع فتح العزيز ١٠: ٣١٥، والمغني لابن قدامة ٥: ٣٨، والمجموع ١٣: ٤٠٥.

(٢) قاله في المبسوط ٢: ٢٩٧.

(٣) قال العاملي في المفتاح ٥: ٤٨٢: (.. وقد حكي ذلك عن القاضي).

ولو انهدم افتقر في تجديد الوضع الى تجديد الإذن.

ويجوز الصلح على الوضع ابتداءً بشرط عدد الخشب، ووزنه، ووقته.

ولو كان مشتركاً لم يكن لأحدهما التصرف فيه بتسقيف وغيره إلّا باذن شريكه،

وعلى القول بالأرش فهل هو عوض ما نقصت الآلات بالهدم أو تفاوت ما بين العامر والخراب؟ قال في الدروس: كل محتمل[1]. قلت: الثاني لا يخلو من قوة؛ لأن وصف العمارة حصل بسعيه وهو مملوك له.

قوله: (ولو انهدم افتقر في تجديد الوضع الى تجديد الإذن).

لأن المأذون فيه وهو الوضع قد حصل، فلا يجوز وضع آخر بدون الإذن.

قوله: (ويجوز الصلح على الوضع ابتداءً بشرط عدد الخشب ووزنه ووقته).

المراد بقوله: (ابتداء) قبل الوضع، فانه اذا وضع وبنى لم يجب إلا تعيين المدة؛ لصيرورة الباقي معلوماً، بخلاف ما اذا لم يبن فان الضرر يتفاوت في ذلك تفاوتاً عظيماً، ولا ضابط يرجع اليه عند الاطلاق، وهذا في الخشب دون الآجر واللبن ونحوهما؛ للعادة صرح به في التذكرة[2].

ولو كانت الآلات حاضرة استغنى بمشاهدتها عن كل وصف وتعريف، وقد صرح به في التذكرة[3] أيضا.

قوله: (ولو كان مشتركاً لم يكن لأحدهما التصرف بتسقيف وغيره إلا باذن شريكه).

كغيره من الاموال المشتركة، ويجوز الاستناد اليه واسناد المتاع اليه مع

---

(١) الدروس: ٣٨٢.

(٢) التذكرة ٢: ١٨٨.

(٣) المصدر السابق.

ولا يجبر أحدهما على الشركة في عمارته لو انهدم.

ولو هدمه فالأقوى الأرش، وكذا لا يجبر على الشركة في عمارة الدولاب والبئر وغيرهما،

انتفاء الضرر؛ لأنه بمنزلة الاستضاءة بسراج الغير والاستظلال بجداره. ولو منع المالك حرم على الأقرب وفاقاً لما في التذكرة[1]؛ لأنه نوع تصرف بايجاد الاعتماد بخلاف الاستظلال، واختار في الدروس انه ليس له المنع اذا كان المجلس مباحا[2].

قوله: (ولا يجبر أحدهما على الشركة في عمارته لو انهدم).

إذ لا يجب على الشخص عمارة جداره المنهدم ففي الشركة أولى.

قوله: (ولو هدمه فالأقوى الارش).

لأن النقصان الفائت بالهدم غير مثلي فيصار الى القيمة وهو الأرش، وقال الشيخ: تجب إعادته[3]، وفي الدروس: عليه اعادته إن امكنت المماثلة[4]، وهو بعيد إذ لا يعد الجدار مثلياً، على أن الأعيان باقية، وإنما الفائت صفتها، والمماثلة في الصفة في غاية الندرة.

قوله: (وكذا لا يجبر على الشركة في عمارة الدولاب والبئر وغيرهما).

لمثل ما قلناه، وخص بعض العامة هذه بوجوب العمارة والاصلاح على الشريك؛ لعدم امكان القسمة في هذه فيحصل الضرر بخلاف الجدار[5]، والفرق مردود.

---

(١) التذكرة ٢: ١٨٥.

(٢) الدروس: ٣٨٢.

(٣) المبسوط ٢: ٣٠٣.

(٤) الدروس: ٣٨٣.

(٥) ذهب اليه أبوحنيفة، انظر: المجموع ١٣: ٤١٦، وفتح العزيز ١٠: ٣٢١.

ولو انفرد بها أحدهما لم يمنع.

فرع: لو أراد أحد الشريكين الاضرار بصاحبه في الجدار، والقناة، والدولاب ونحوها، فامتنع من العمارة وغيرها من الوجوه التي يمتنع الانتفاع بدون جميعها، فليس ببعيد أن يرفع أمره الى الحاكم ليخيره الشريك بين عدة امور: من بيع، واجارة، وموافقة على العمارة، وغير ذلك من الامور الممكنة في ذلك، عملاً بقوله عليه السلام: «لاضرر ولا اضرار»[1]، ولأن في ترك جميع هذه الامور اضاعة للمال وقد نهي عنها، ولم اظفر هنا بتصريح فينبغي أن يلمح.

قوله: (ولو انفرد بها أحدهما لم يمنع).

أي: لو انفرد بالعمارة أحدهما، والحال لا يخلو من أن تكون الاعادة بالآلات المشتركة، أو بما يختص بملكه المعيد. وعلى كل تقدير فإما أن يكون الأساس والهواء الذي يكون فيه الجدار مملوكاً لهما، أو للمنفرد بالعمارة، وليست الصور كلها سواء في الحكم، فان الآلات المشتركة كيف يجوز الانفراد بالتصرف فيها بالعمارة من دون اذن المالك، ومال المسلم لا يحل إلا عن طيب نفس منه.

وكذا القول في الأساس والهواء اذا كان مشتركاً، واطلاق المصنف يقتضي عدم التوقف على الاذن مع الاشتراك، وحكى في الدروس عن الشيخ[3] منع التوقف على اذن الآخر، والأصح التوقف لما قلناه، وقواه في الدروس[4].

نعم لو كانت الأرض موقوفة وقفاً عاماً، لم يتوقف على الاذن بالنسبة اليها، ومتى اعاده بغير اذن بآلات نفسه والاساس مشتركة فللآخر الازالة، أو

---

(١) الكافي ٥: ٢٩٢ حديث ٢، الفقيه ٣: ٤٥ حديث ١٥٤، التهذيب ٧: ١٦٤ حديث ٧٢٧، سنن ابن ماجة ٢: ٧٨٤ حديث ٢٣٤٠، ٢٣٤١، سنن الدارقطني ٤: ٢٢٧ حديث ٨٣، مسند أحمد ١: ٣١٣ و ٥: ٣٢٧.

(٢) في «م»: التذكرة.

(٣) المبسوط ٢: ٣٠١.

(٤) الدروس: ٣٨٣.

ولا يجبر صاحب السفل ولا العلو على عمارة الجدار الحامل للعلو.

ولو طلبا قسمته طولاً أو عرضاً جاز، ولا يجبر أحدهما لو امتنع عن القسمة في كل الطول ونصف العرض، وكذا في نصف الطول وكل العرض، وتصح القرعة في الثانية دون الأولى، بل يختص كل وجه

بالآلات المشتركة فهو مشترك وإن أثم.

ولو طالبه الشريك بهدمه أمكن وجوب الاجابة؛ لأن تصرفه في الآلات كان ممنوعاً منه، وربما تعلق الغرض بها وطلبت قسمتها لذلك[1].

قوله: (ولا يجبر صاحب السفل ولا العلو على عمارة الجدار الحامل للعلو).

اذا كان علو الجدار لواحد وسفلها لغيره، فانهدمت لم يكن لواحد منهما مطالبة الآخر بالعمارة، أما صاحب العلو فلانه ملك غيره ولا يجب عليه عمارة ملك غيره، وأما صاحب السفل فلأنه لا يجب عليه عمارة ملكه لأجل الغير.

لكن يجب أن يقيد ذلك بما اذا لم يكن حمل جدار العلو، أو سقفه واجباً عليه بعقد لازم، فان وجب كذلك لزمه البناء، وقد نبه عليه في الدروس[2]. ولو طلب صاحب العلو بناء جدران السفل قال في التحرير: لم يكن لصاحب السفل منعه[3]. وظاهر سوق كلامه أن ذلك حيث يكون جدران السفل لصاحب السفل، ولم يكن حمل جدران العلو واجباً، وهو مشكل اذا كان الأساس ملكاً لصاحب السفل، أو مشتركاً كما نبهنا عليه سابقا.

قوله: (ولو طلبا قسمته طولاً أو عرضاً جاز، ولا يجبر أحدهما لو امتنع عن القسمة في كل الطول ونصف العرض، وكذا في نصف الطول وكل العرض، وتصح القرعة في الثانية دون الأولى بل يختص كل وجه

---

(١) في «ق»: كذلك.

(٢) الدروس: ٣٨٣.

(٣) التحرير ٢: ١٣٦.

بصاحبه.

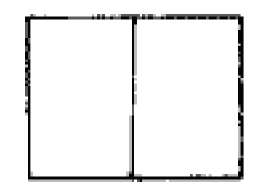
بصاحبه).

هذا من أحكام الجدار المشترك ، فهو راجع الى أول الكلام من قوله: (ولو كان مشتركاً) والضمير للشريكين المذكورين غير مرة، وما بينهما من أحكام الدولاب والبئر والعلو والسفل معترض.

وتحقيقه: أنه لو طلب كل من الشريكين في الجدار قسمته طولاً أو عرضاً جاز قطعاً؛ لثبوت التراضي، فلا أثر لحصول النقص معه لو نشراه أو اكتفيا[1] بالعلامة فان لهما هدمه.

ولو طلب أحدهما القسمة وامتنع الآخر فلا يخلو: إما أن يطلب القسمة في كل الطول ونصف العرض هكذا

أو في كل العرض ونصف الطول هكذا:



فان كان المطلوب الأول لم تجب الاجابة ولم يجبر الممتنع قطعاً؛ لأنا لو اوجبنا القسمة على هذا النحو لاعتبرت القرعة في التخصيص، لأن الأخذ بغير قرعة ولا تراض مناف للقسمة، ولا مثل له في الشرع.

والقرعة ربما وقعت لأحدهما على الشق الذي يلي الآخر، فلا يتمكن من الانتفاع بما وقع له، ولعدم امكان فصل كل سهم عن الآخر حينئذ؛ لأنه إن اكتفى بالعلامة ـ وهو خط بين السهمين ـ كان بناء أحدهما على نصيبه موجباً

---

(١) في «ق»: أو اكتفينا.

لتعدي الثقل، والتحامل الى الآخر، وإن كان بالنشر ضعف الجدار وتناقصت قوته. وان كان المطلوب الثاني فقد اطلق المصنف عدم الاجبار على القسمة فيه أيضا. وفي التذكرة قال: إن انتفى الضرر عنهما أو عن الممتنع أُجبر عليها، وإن تضرر الممتنع لم يجبر[١].

ومقتضى كلام الدروس: الاجبار على القسمة في كل العرض ونصف الطول، مع انتفاء الضرر عن الممتنع فينشر الجدار[٢]، فكأنه يرى أن النشر وإن استلزم اتلاف شيء من الجدار إلا أنه هين؛ لأنه بمنزلة قسمة الثوب الصفيق، وليس ببعيد.

اذا عرفت هذا فاعلم أن شيخنا الشهيد أورد في بعض حواشيه، أن القسمة طولاً وعرضاً هي القسمة في كل الطول ونصف العرض، وفي نصف الطول وكل العرض فيلزم التكرار. ثم أجاب باختلاف الحكمين، فان الأول يعطي الجواز، والثاني يعطي عدم الاجبار، فالفرق بينهما فرق ما بين العام والخاص.

وعندي أن السؤال والجواب كلاهما ليس بشيء، فان معنى العبارة أنهما لو طلبا القسمة على واحدة من الصورتين طولاً أو عرضاً فلا بحث في الجواز؛ لأن لهما نقض الجدار كله، فكيف قسمته على وجه مخصوص.

ولو طلب أحدهما القسمة وامتنع الآخر، فان طلبها في كل الطول ونصف العرض لم يجبر الممتنع قطعاً؛ للضرر بالتمييز، وإن طلبها في نصف الطول وكل العرض لم يجبر أيضاً، وان كان هذا أولى من الأول بالاجبار؛ لانتفاء الضرر المعتد به، وإمكان القرعة التي هي معيار القسمة هنا بخلاف الاول، ولاتكرار في هذا بوجه من الوجوه.

---

(١) التذكرة ٢: ١٨٥.

(٢) الدروس: ٣٨٢.

ولـو تـعاونا على إعادة المشترك ، أو أعاده أحـدهمـا بالآلة المشتركة فهو على الشركـة، ولـو طلب صاحـب الـعلو عمارة السـفل بنقض صاحـبه كان له المنع.

ولو أعاده بآلـة مـن عـنـده فله ذلـك، والمعاد ملـكـه. ولا يمـنع صـاحـب السفل من الانتـفـاع بسفله، لكن يمـنـع من فتح كوة، أو ضرب وتد.

ولو انفـرد أحد الشريكين بـالانفاق على البئر والقـناة لم يـكن له

واشـار المصنف الى أولـويـة الصورة الـثـانية بـالاجبار بقـوله: (وكذا في نصف الطـول وكل العرض) فان المشبه بـه اقوى من المشبه، وبصـحة القرعة فيها دون الأولى.

قوله: (ولو طلب صاحـب العلو عمارة السفل بنقض صاحبه كان له المنع).

النقض بالكسر: المنقوض ذكره في الصحاح[1] وهي آلات البناء.

قوله: (ولو اعاده بآلة من عنده فله ذلـك).

ليس على اطلاقه، بل هو مقـيد بما اذا لم يكن الأساس للآخر ولامشـتركا بينهما، وإلا لم يجز بدون الإذن.

قوله: (ولايمنع صاحب السـفل من الانتفاع بسفلِهِ ، لكن يمنع من فتح كوة أو ضرب وتد).

الوتد بالكسـر: واحد الأوتاد، وبالفـتح لغة، واعلـم أنه يمنع من التصرف المضعف للجدار الحامل للعلو؛ لأنه اضرار بصاحب العلو في أمر مستحق له.

---

(١) الصحاح (نقض) ٣: ١١١٠.

منع الآخر من الانتفاع بالماء، ولا يجب على مستحق اجراء الماء في ملك غيره مشاركة المالك في عمارة سقف المجرى وان خرب من الماء، ولا على المالك إصلاح القناة لو خربت بغير سببه.

ويجوز لصاحب العلو الجلوس على السقف الحائل بينه وبين السفل وإن كان مشتركاً، ووضع ما جرت العادة بوضعه للضرورة.

ولصاحب السفل الاستكنان، وتعليق ما لا يتأثر به السقف المشترك كالثوب، أما ضرب الوتد في السقف فلا.

قوله: (ولا يجب على مستحق اجراء الماء في ملك غيره مشاركة المالك في عمارة سقف المجرى وإن خرب من الماء).

فإنه لا يجب عليه (أن يسقف المجرى، فلا يجب عليه)[١] عمارته لو خرب بأي سبب كان.

قوله: (ولا على المالك اصلاح القناة لو خربت بغير سببه).

لأن استحقاق الإجراء لايقتضي استحقاق عمارة المجرى.

قوله: (ويجوز لصاحب العلو الجلوس على السقف الحائل بينه وبين السفل وإن كان مشتركاً، ووضع ماجرت العادة بوضعه للضرورة).

إنما جاز الجلوس، ووضع ما جرت العادة بوضعه من آلات المنزل ونحوها للضرورة، فان الساكن في مكان مضطر الى ذلك لابد له منه، أما ما لم تجر العادة بوضعه فلا يجوز اذا كان مشتركاً قطعاً، ولو اختص به فله التصرف في ملكه كيف شاء.

قوله: (ولصاحب السفل الاستكنان، وتعليق ما لا يتأثر به السقف المشترك كالثوب، أما ضرب الوتد في السقف فلا).

اختار المصنف في التذكرة منع تعليق صاحب السفل الأمتعة في السقف،

---

(١) ما بين القوسين لم يرد في «م».

فروع :

أ: اذا استحق وضع خشبة على حائط فسقطت، أو وقع الحائط استحق بعد عوده الوضع، بخلاف الاعارة. ولو خيف على الحائط السقوط ففي جواز الإبقاء نظر.

ب: لو وجد بناءه، أو خشبه، أو مجرى مائه في ملك غيره، ولم يعلم سببه فالأقرب تقديم قول مالك الأرض والجدار في عدم الاستحقاق.

سواء يتأثر به أولا كالثوب ونحوه[1]. ومختاره هنا قريب؛ لجريان العادة بذلك، نعم لا يجوز نحو ضرب الوتد قطعاً.

قوله: (اذا استحق وضع خشبة على حائط فسقطت، أو وقع الحائط استحق بعد عوده الوضع، بخلاف الإعارة).

والفرق أن الاعارة إذن في الوضع فلا يقتضي التكرر ما لم يصرح به، وبعد انقضاء المأذون فيه لا يبقى استحقاق، أما اذا كان الوضع مستحقاً بعقد لازم الى أمد معين فانه يقتضي استحقاق الإعادة؛ للقطع ببقاء الاستحقاق بعد السقوط.

قوله: (ولو خيف على الحائط السقوط ففي جواز الإبقاء نظر).

ينشأ: من أن له حق الإبقاء فيستصحب، ومن أنه ضرر منفي. ويضعّف بأن الازالة ضرر أيضاً، والضرر لا يزال بالضرر وهو الأصح. ولا فرق في ذلك بين استحقاق الوضع والاعادة، ما لم يبذل الأرش في الاعادة فتجب الازالة حينئذ.

قوله: (لو وجد بناءه، أو خشبه، أو مجرى مائه في ملك غيره ولم يعلم سببه فالأقرب تقديم قول مالك الأرض والجدار في عدم الاستحقاق).

---

(١) التذكرة ٢: ١٨٧.

ج: لا يجوز بيع حق الهواء، ولا مسيل الماء، ولا الاستطراق.

الفصل الثالث: في التنازع:

لو صالح المتشبث المصدّق لأحد المدعين لسبب يوجب التشريك كالإرث على شيء شاركه الآخر إن كان بإذنه، والأصح في الربع ولا شركة.

أي: لو وجد واجد بناءه، أو خشبه، أو مجرى مائه كدولابه، ونحو ذلك في ملك غيره، ولم يعلم سببه كأن ينتقل اليه بالارث، فهل يكون ذلك مقتضياً للاستحقاق، بحيث لا يجوز للمالك منعه من الإبقاء، ولا من الاعادة لو انهدم أو لا فيكون له ذلك؟ الأقرب الثاني تمسكاً بأصالة عدم الاستحقاق في ملك الغير، ولأن اليد تقتضي الاختصاص بالانتفاع، والوضع أعم من الاستحقاق.

وغاية ما في الباب أن يكون بحق، وهو أعم من العارية التي يجوز الرجوع فيها، وخالف الشيخ في ذلك نظراً الى أن الظاهر أن ذلك وضع بحق، فلا يمنعه صاحب الملك من الإبقاء إلا اذا ثبت ذلك[1]، وقول الشيخ ضعيف.

واعلم أن عبارة المصنف لا تخلو من مناقشة؛ لأن من لا يعلم سبب كون بنائه في ملك الغير مثلاً، مادام لا يعلم الاستحقاق فلا يدعيه، فلا يتصور منه اليمين عليه ليكون قول المالك بيمينه مقدماً.

وقد كان الأولى أن يقول: لو اختلفا في الاستحقاق وعدمه، فيما اذا كان بناؤه في ملك الغير فالأقرب أن اليمين على المالك مع عدم البينة؛ لأنه المنكر.

قوله: (لا يجوز بيع حق الهواء، ولا مسيل الماء، ولا الاستطراق).

لأنه ليس شيء من ذلك عيناً، لكن يجوز الصلح على ذلك بشرط التعيين.

قوله: (لو صالح المتشبث المصدق لأحد المدعين، بسبب يوجب التشريك كالإرث على شيء شاركه الآخر إن كان بإذنه، والأصح في

---

(١) المبسوط ٢: ٢٩٨.

ولو تغاير السبب صح الصلح في حصته أجمع ولا شركة،

الربع ولا شركة).

أي: لو صالح المتشبث وهو صاحب اليد، وقد ادعى عليه مدعيان بأن العين الفلانية مثلاً ملك لهما، بسبب يقتضي التشريك بينهما في الملك كالإرث، كابنين يدعيان على زيد بأن الدار التي في يده ملك لهما بالإرث من ابيهما، فصدق أحدهما وكذب الآخر، فتحقق باقراره عدم ملكه لنصف الدار، والابنان متفقان على أن النصف كالكل مملوك لهما بالإرث، فيمتنع استحقاق أحدهما النصف من دون الآخر.

بل كلما ثبت أنه مخلف عن أبيهما، فهما مشتركان فيه الى أن يعلم السبب الناقل، وقد ثبت باقرار الابن أن النصف مخلف عن ابيه، فامتنع انفراده بملكه، فيكون مشتركاً بينهما، والتالف بانكار المتشبث منهما.

فان قيل: إنما أقر المتشبث باستحقاق واحد خاصة فلا يستحق الآخر شيئاً.

قلنا: الاستحقاق إنما ثبت من جهة أن سبب الملك مقتض للتشريك، ولا فرق بين أن يقولا: ورثناها (وقبضناها)[1] ثم غصبها منا، وعدمه كما نص عليه في التذكرة[2]؛ لأن سبب التشريك موجود، فاذا صالح المتشبث المقر له ـ والحالة هذه ـ عن النصف المقر به فإما أن يكون باذن شريكه أولا.

فان كان بالاذن صح الصلح واشتركا في العوض؛ لأنه عوض مالهما المشترك، والأصح في الربع خاصة، وبقي الربع الآخر على ملك الابن الآخر إن لم يُجز الصلح.

قوله: (ولو تغاير السبب صح الصلح في حصته أجمع ولا شركة).

المراد بتغاير السبب: أن يكون سبب ملك كل منهما غير سبب ملك

---

(١) لم ترد في «ق».

(٢) التذكرة ٢: ١٨٩.

. . . .

الآخر، فلايكون السبب مقتضياً للتشريك، بل الشركة بسبب آخر وهو الشيوع، كأن يكون أحدهما مستحقاً للنصف بالإرث، والاخر بالشراء مثلاً، فان الاقرار لأحدهما لا يقتضي مشاركة الآخر اياه.

وهل يكون شراؤهما معاً، واتهابهما، وقبضهما معاً اذا اقر به المصدق من المدعيين كالإرث، أم يلحق بالسببين المتغايرين؟ الأقرب عند المصنف في التذكرة الأول؛ لاعتراف المقر بأن السبب المقتضي لتملكه مقتضٍ لتملك الآخر[1].

ويحتمل ضعيفاً العدم؛ لأن البيع لاثنين بمنزلة الصفقتين.

ولقائل أن يقول: لافرق بين تغاير السبب، وكونه مقتضياً للتشريك في عدم الشركة؛ لأن الصلح إنما هو على استحقاق المقر له، وهو أمر كلي يمكن نقله عن مالكه الى آخر. ولهذا لو باع أحد الورثة حصته من الإرث صح، ولم يتوقف على رضى الباقين.

فان اجيب بأن الإنكار لاستحقاق الآخر صيّر النصف كالتالف، فيجب أن يكون منها لامتناع تلف حصة أحدهما دون الآخر.

قلنا: فاذا تغاير السبب يجب أن يكون كذلك مع اعتراف المقر له بالشركة، وقد سبق في البيع ـ فيما اذا قال: النصف لك والنصف الآخر لي ولشريكي ـ ما ينافي اطلاق ما هنا، حيث أنه حكم بالتشريك بينهما في الحاصل والتالف.

وفي أحكام التنازع في الرهن تردد في التشريك وعدمه، ونبه شيخنا الشهيد على ذلك في حواشيه على الكتاب، والذي يقتضيه النظر أن الحكم في مسألة الإرث قبل قبض الوارثين صحيح؛ لأن الحاصل من التركة قبل القبض هو المحسوب تركة بالنسبة الى الورثة، والتالف لايحسب عليهم وكأنه لم يكن.

وامتناع الوصول اليه كتلفه في هذا الحكم، والظاهر أنه لا خلاف في

---

(١) المصدر السابق.

ويعطى مدعي الدرهمين أحدهما ونصف الآخر ، ومدعي أحدهما الباقي مع التشبث.

ذلك، أما بعد القبض واستقرار الملك لهم وانقطاع كل من الورثة عن حق الورثة الى آخر.

ولا دليل على الحاق تعذر الوصول الى (حق)[1] بعضهم بالانكار مع عدم البينة، ونحوه بتلف البعض في هذا الحكم والأصل،عدمه، فينتفي التوقف فيه فيلحظ الحكم المذكور في البيع.

ولو كان المشترك ديناً فاقر لبعض وانكر بعضاً في التركة قبل القبض لابحث، وبعد القبض وغير التركة من أقسام الشركة فيه الخلاف المشهور، من أن الحاصل لهما والتالف عليهما، وعدمه.

قوله: (ويعطى مدعي الدرهمين أحدهما ونصف الآخر، ومدعي أحدهما الباقي مع التشبث).

اذا كان في يد شخصين درهمان فادعاهما أحدهما، وادعى الآخر واحداً منهما أعطي مدعيهما معاً درهما ؛ لعدم منازعة الآخر فيه ، ويتساويان في الدرهم الآخر ، لأن كل واحد منهما صاحب يد ودعوى لجميعه فيقسم بينهما؛ لرواية عبدالله بن المغيرة، عن غير واحد من اصحابنا، عن الصادق عليه السلام[2] .

قال في التذكرة: والأقرب أنه لابد من اليمين، فيحلف كل منهما على استحقاق نصف الآخر، الذي تصادمت دعواهما فيه وهو ما في يده، فن نكل منهما قضي به للآخر، ولو نكلا معا أو حلفا معاً قسّم بينهما نصفين[3] .

وما قربه جيد لعموم: «واليمين على من انكر»[4]، ومتى نكل أحدهما

---

(١) لم ترد في «م».

(٢) الفقيه ٣: ٢٢ حديث ٥٩، التهذيب ٦: ٢٠٨ حديث ٤٨١.

(٣) التذكرة ٢: ١٩٥.

(٤) سنن البيهقي ١٠: ٢٥٢ اختلاف الحديث للشافعي: ١٩٦.

وكذا لو استودع من اثنين ثلاثة، ثم تلف واحد من غير تفريط واشتبه، بخلاف ممتزج الأجزاء.

ردت اليمين على الآخر؛ لأنا لا نقضي بالنكول.

واعلم أن قول المصنف: (مع التشبث) تشبثهما بأن تكون اليد لهما معاً، قال في الدروس: ويشكل اذا ادعى الثاني النصف مشاعاً، فانه يقوي القسمة نصفين ويحلف الثاني للاول، وكذا في كل مشاع[1]. وما قاله متجه، وانكر في الدروس ذكر الأصحاب اليمين هنا[2]، وقد نقلنا عن التذكرة[3] خلافه.

قوله: (وكذا لو استودع من اثنين ثلاثة ثم تلف واحد من غير تفريط واشتبه، بخلاف ممتزج الأجزاء).

أي: وكذا الحكم لو استودع شخص من رجل دينارين مثلاً ومن آخر ديناراً، ثم امتزجا إما بغير تفريط منه أو باذن المالكين، ثم تلف واحد بغير تفريط، وإنما اعتبرنا عدم التفريط؛ لأنه مع التفريط يضمن التالف فلا حاجة الى القسمة.

فأما مع عدمه؛ فلانه لا ضمان عليه، وحينئذ فيدفع الى صاحب الدينارين ديناراً؛ لأن الآخر معترف له به، ويبقى الدينار الآخر فيقسّم بينهما نصفين، لرواية السكوني عن الصادق عليه السلام، عن آبائه عليهم السلام: بالأمر باعطاء صاحب الدينارين ديناراً ونصفاً وللاخر ما بقي[4].

واطلاق الرواية يقتضي دفع ذلك وإن لم تتصادم دعواهما في الدينار، فلذلك لم يحكم باليمين، ولم يذكر المصنف في التذكرة هنا يميناً[5].

وفي الدروس قال: إن الأصحاب لم يذكروا يميناً هنا، وفي التي قبلها، وذكروها في باب الصلح، فجائز أن يكون ذلك الصلح قهرياً وجائز أن يكون

---

(١) الدروس: ٣٧٩.

(٢) الدروس: ٣٨٠.

(٣) التذكرة ٢: ١٩٥.

(٤) الفقيه ٣: ٢٣ حديث ٦٣، التهذيب ٦: ٢٠٨ حديث ٤٨٣.

(٥) التذكرة ٢: ١٩٥.

ويباع الثوبان مع الاشتباه معاً إن لم يمكن الانفراد، ويقسّط الثمن على القيمتين مع التعاسر، فإن بيعا منفردين، فإن تساويا في الثمن فلكل مثل صاحبه، وإن تفاوتا فالأقل لصاحبه.

اختياريا، فان امتنعا فاليمين[1].

قلت: ظاهر الرواية، وكلام الأصحاب أن ذلك قهري، وأنه بغير يمين، بل ربما امتنعت اليمين اذا صرح كل واحد بعدم العلم بعين حقه، قال: ولو قيل بالقرعة أمكن[2].

وما ذكره متجه، إلا أن الخروج عما عليه أكثر الأصحاب بعيد. وهذا كله في غير ممتزج الأجزاء، وهو متساويها كالحنطة والشعير فانهما لو امتزجا مزجاً يرفع الامتياز، وكان أحدهما قفيزين والآخر قفيزاً، ثم تلف قفيز فان التالف على نسبة المالين.

وكذا الباقي، فيكون لصاحب القفيزين قفيز وثلث، وللآخر ثلثا قفيز فان الفرض أن عين أحد الدينارين لاحق لصاحب الدينار فيه.

قوله: (ويباع الثوبان مع الاشتباه معاً إن لم يمكن الانفراد، ويبسط الثمن على القيمتين مع التعاسر فان بيعا منفردين فان تساويا في الثمن فلكل مثل صاحبه، وإن تفاوتا فالأقل لصاحبه).

روى اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام أنه قال في ثوبين أحدهما بعشرين والآخر بثلاثين فاشتبها: «يباعان فيعطى صاحب الثلاثين ثلاثة أخماس الثمن، والآخر خمسي الثمن، وإن خيّر أحدهما صاحبه فقد أنصفه»[3] وعمل بمضمونها أكثر الأصحاب.

---

(١) الدروس: ٣٨٠.

(٢) المصدر السابق.

(٣) الفقيه ٣: ٢٣ حديث ٦٢، التهذيب ٦: ٢٠٨ حديث ٤٨٢.

ولو كان عوض الصلح سقي الزرع، أو الشجر بمائه فالأقرب الجواز مع الضبط، كما في بيع الماء. وكذا لو صالحه على إجراء الماء الى سطحه أو ساحته صح، بعد العلم بالموضع الذي يجري الماء منه.

وقال ابن ادريس بالقرعة[١]، ورده المصنف، وحكم بأن الثوبين إن لم يمكن افرادهما بان يباع كل واحد وحده؛ لعدم الراغب في واحد، وتعاسر مالكاهما بأن لم يتسامحا فيجبر احدهما صاحبه (يباعان ثم يبسط الثمن على القيمتين وإن أمكن بيعهما منفردين. ثم إن تساويا في الثمن فلكل مثل صاحبه)[٢] وهو واضح، وإن تفاوتا فالأقل لصاحب الأقل قيمة عملاً بالظاهر وإن أمكن خلافه؛ لأنه نادر ولا أثر للنادر في الشرع.

وشيخنا في الدروس ـ بعد أن حكى مختار المصنف أنه متى أمكن بيعهما منفردين امتنع الاجتماع ـ قال: الرواية مطلقة في البيع، ويؤيدها أن الاشتباه مظنة تساوي القيمتين[٣].

قلت: فعلى هذا يكون مورد الرواية ما اذا تساوت القيمتان، فيبقى ما اذا تفاوتتا خالياً عن النص، فيجب العمل فيه بما ذكره المصنف إذ لا راد له.

وقول ابن ادريس بالقرعة وإن كان له وجه، إلا أن مخالفته النص وكلام الأصحاب مشكل.

فان قلت: الرواية حكاية حال؛ لأنها حكم في واقعة.

قلت: الظاهر خلافه لعمل الأصحاب بمضمونها.

قوله: (ولو كان عوض الصلح سقي الزرع أو الشجر بمائه فالأقرب الجواز مع الضبط كما في بيع الماء).

وجه القرب أنه مال مملوك يقصد نقله فجاز جعله عوضاً للصلح، وحكى

---

(١) السرائر: ١٧١.

(٢) مابين القوسين لم يرد في «م».

(٣) الدروس: ٣٧٩.

ويصح جعل الخدمة المضبوطة بالعمل أو الزمان عوضاً، فإن اعتقه صح، وفي رجوع العبد اشكال، ينشأ: من أن اعتاقه لم يصادف الملك سوى الرقبة، فلا يؤثر الّا فيه، كما لو أوصى لرجل برقبته ولآخر بخدمته، فاعتق الأول، ومن اقتضاء العتق زوال الملك عن الرقبة والمنفعة، وقد حال بين العبد والمنفعة، حيث لم تحصل المنفعة للعبد.

الشارح قولاً بالمنع؛ لأنه فرع البيع ولايصح بيع الماء،[1] والمقدمتان ممنوعتان.

قوله: (ويصح جعل الخدمة المضبوطة بالعمل أو الزمان عوضاً، فان اعتقه صح، وفي رجوع العبد اشكال ينشأ: من أن اعتاقه لم يصادف الملك سوى الرقبة، فلا يؤثر إلا فيه، كما لو أوصى لرجل برقبته ولآخر بخدمته، فاعتق الأول، ومن اقتضاء العتق زوال الملك عن الرقبة والمنفعة، وقد حال بين العبد والمنفعة حيث لم تحصل المنفعة للعبد).

أي: يصح الصلح عن شيء مملوك على خدمة العبد، بشرط ضبطها بالعمل كعمارة بيت معين، أو بالزمان كسنة، ووجه الصحة ظاهر، لكن اذا اعتق العبد ففي رجوعه على السيد (بعوض هذه المنفعة)[2] اشكال ينشأ: من أن اعتاقه لم يصادف في الملك سوى الرقبة فلا يؤثر إلا في ملكها فيزيله.

ومثله ما لو أوصى مالك العبد لشخص برقبة العبد، ولآخر بخدمته، فاعتقه الموصى له بالرقبة، فانه لايرجع على تركة الموصي بعوض الخدمة قطعاً لمثل ما قلناه.

ومن أن العتق يقتضي زوال الملك عن الرقبة والمنفعة فتصير مملوكة للعبد، وقد حال بينه وبينها حيث جعلها عوضاً في عقد الصلح فينتقل الى البدل.

ويضعف بأن العتق يزيل الملك عن الرقبة، والمنفعة التي لم يسبق

---

(١) ايضاح الفوائد ٢: ١٠٩.

(٢) مابين القوسين لم يرد في «م».

والراكب أولى من قابض اللجام على رأي، وذو الحمل على الدابة أولى من غيره،

استحقاقها على العتق، أما التي سبق استحقاقها فان العتق لم يصادفها في ملك المعتق فكيف يزيل الملك عنها، والأصح الأول.

قوله: (والراكب أولى من قابض اللجام على رأي).

أي: لو اختلف قابض لجام الدابة وراكبها في ملكها، فالراكب أولى على قول الشيخ في المبسوط وإن احتاط بجعلها بينهما نصفين[١]، واختاره نجم الدين[٢]، واختار في الخلاف كونها بينهما[٣]، وهو مختار ابن ادريس[٤].

وفي شرح الارشاد: لاشك أن كلاً منهما مدع بتفسيرات المدعي ومنكر أيضاً لها، ولكل يد إلا أن يد الراكب تضاف الى تصرفه، فان ثبت أن التصرف له مدخل في الرجحان رجح به.

أما الترجيح لقوة اليد فلا أثر له؛ لأن قوة سلطان اليد لم تؤثر في ثوب بيد أحد المدعين اكثره، وما ذكره حق، والأصح أنها بينهما، لكن بعد أن يحلف كل لصاحبه اذا لم تكن بينة، كما ذكره في التذكرة قال فيها: إنه يبعد تمكين صاحب الدابة غيره من ركوبها ويمكن أخذ اللجام[٥].

قلت: ما ذكره ليس بواضح؛ لأن الركوب واللجام بيد المالك أمر سهل واقع كثيراً، نعم لو اختلف لابس الثوب وقابضه فقوة جانب اللابس اظهر؛ لأن الظاهر أنه لا يتمكن من لبسه إلا وهو غالب قاهر مستقل باليد، وهذا الذي سبق حكم الدابة، أما اللجام فلمن في يده وكذا السرج للراكب.

قوله: (وذو الحمل على الدابة أولى من غيره).

---

(١) المبسوط ٢: ٢٩٦-٢٩٧.

(٢) شرائع الاسلام ٢: ١٢٦ وقال مع يمينه.

(٣) الخلاف ٢: ٧٥ مسألة ٥ كتاب الصلح.

(٤) السرائر: ١٧.

(٥) التذكرة ٢: ١٩٦.

ويتساويان في الثوب في أيديهما وإن كان في يد أحدهما أكثر، وفي العبد وإن كان لأحدهما عليه ثياب. والأسفل أولى من مدعي الغرفة بسبب فتح الباب اليه، ومع التصرف اشكال.

لأن جعل الحمل على الدابة يستدعي كمال الاستيلاء، ويظهر من الدروس المساواة بينه وبين راكب الدابة مع القابض باللجام ولابس الثوب مع ممسكه[1]، وليس كذلك.

قوله: (ويتساويان في الثوب في أيديهما وإن كان في يد أحدهما اكثر).

لثبوت أصل اليد.

قوله: (وفي العبد وإن كان لأحدهما عليه ثياب).

اذا كان في أيديهما، لأن كون ثياب أحدهما عليه لادخل له في السلطنة، إذ قد يلبسها بغير اذن، أو بمجرد القول، أو عارية ونحو ذلك.

قوله: (والأسفل أولى من مدعي الغرفة بسبب فتح الباب اليه).

لو تنازع صاحب البيت الذي الغرفة اليه، والجار الذي باب الغرفة مفتوح اليه في الغرفة فصاحب البيت أولى؛ لأن الغرفة واقعة في ملكه، فان هواء بيته مملوك له، لان من ملك القرار ملك الهواء اتفاقاً.

قوله: (ومع التصرف اشكال).

ينشأ: من التصرف المقتضي لليد، وثبوت اليد لذي الهواء باعتبار تبعيته لملكه، وللتوقف مجال. وليس ببعيد أن يقال: إن المتصرف ذو يد حقيقة، وصاحب السفل لايد له إلا أن يده إنما هي بالتبعية لليد على القرار، والتبعية لضعفها إنما تثبت مع عدم ثبوت يد اخرى، فاذا ثبتت يد اخرى وتصرف بالفعل لم يكن هناك يد بالتبعية، وهذا لا يخلو من قوة.

---

(١) الدروس: ٣٨٥.

ولو صالح اجنبي عن المنكر صح، فإن كان عن دين بإذنه كان توكيلاً، والّا تبرعاً في القضاء. وإن كان عن عين بإذنه فكالأول، وبغير اذنه افتداءً للمنكر من الخصومة وابراءً له من الدعوى، ويرجع بما أداه إن صالح بإذنه.

ولو صالح الأجنبي المدعي لنفسه لتكون المطالبة له صح، ديناً كانت الدعوى أو عيناً.

قوله: (وبغير اذنه افتداء للمنكر من الخصومة، وابراء له من الدعوى).

هما واحد في المعنى، فان افتداءه بالصلح من الخصومة يقتضي ابراء له من الدعوى.

قوله: (ويرجع بما أداه إن صالح باذنه).

مفهومه أنه لو صالح بغير اذنه لايرجع وإن أدى بالاذن، وفي المبسوط:أنه يرجع إن أدى المال بالاذن، سواء صالح باذنه أم لا[1]. وفيه نظر، فانه اذا صالح بغير اذن صار المال في ذمة المصالح وبرئ من عليه الحق، فكيف يرجع عليه بشيء اذا ادى بالاذن.

قوله: (ولو صالح الأجنبي المدعي لنفسه لتكون المطالبة لهصح، ديناً كانت الدعوى أو عينا).

اذا صالح الأجنبي المدعي على ما يستحقه في ذمة المدعى عليه لنفسه صح الصلح، وتكون المطالبة له، لأن الحق ينتقل حينئذ اليه.

ولا فرق بين أن تكون الدعوى ديناً أو عيناً، وينبغي أن يقال: لا يخلو الحال من أن يكون المدعى عليه مقراً أو منكراً، ثم المصالح إما أن يكون عالما بثبوت الحق في ذمة المدعى عليه أولا، فان كان المدعى عليه مقراً فلا بحث في

---

(١) المبسوط ٢: ٢٩٠.

. . . .

صحة صلح الأجنبي لنفسه على كل حال.

ثم إن تمكن من انتزاع ما صالح عليه فلا بحث، وإلا فقد اطلق في الدروس أنه له الفسخ لعدم سلامة العوض[1]، وفي التحرير اطلق القول بصحة الصلح اذا كانت الدعوى ديناً والغريم معترف[2] وحكي عن الشيخ القول بثبوت الفسخ لوكانت عيناً والغريم معترف[3]، ولم يصرح بشيء.

ويحتمل عدم ثبوت الفسخ في واحد من الموضعين؛ لأن الصلح عقد مستقل بنفسه، وليس مبنياً على المكايسة والمغابنة، ولهذا يصح مع الجهالة، وعلى ما لايعد مالاً، فيجب التمسك بعموم (أوفوا بالعقود) الى أن يدل دليل على خلافه.

ولعل الشيخ بنى الفسخ على القول بأن الصلح فرع البيع وإن لم يكن المصالح عالماً بثبوت الحق في ذمة المدعى عليه وهو منكر، فقد مال في التحرير الى عدم جواز الصلح[4]، وجوزه في الدروس[5]، وظاهره أنه اذا لم يتمكن من اثبات الحق عليه يفسخ.

وفي التذكرة صرح بأن جواز الدعوى من المصالح مشروط بعلم صدق المدعي المصالح، فان لم يعلم لم يجز له دعوى شيء لا يعلم ثبوته[6].

ولقائل أن يقول: اشتراط الدعوى بعلم الاستحقاق غير واضح، فان الوارث يدعي بخط مورثه، والوكيل يدعي عن موكله، وقد لا يعلمان الاستحقاق.

وكذا الموكل قد يدعي بخط وكيله، ونحو ذلك فيدعي عليه أن مالزيد

---

(١) الدروس: ٣٧٧.

(٢) تحرير الأحكام ١: ٢٢٩.

(٣) المبسوط ٢: ٢٩٠.

(٤) تحرير الأحكام ١: ٢٢٩.

(٥) الدروس: ٣٧٧.

(٦) التذكرة ٢: ١٩٢.

ولو خرجت أغصان الجار اليه فله قطعها من حد ملكه إن لم يمكن العطف وإن لم يأذن الحاكم،

عنده صار مستحقاً له بالصلح، ويطلب منه اليمين مع الانكار وعدم البينة، ولا يضر عدم امكان الرد، أو القضاء بالنكول كما في الوارث، والقيم على الطفل.

وكذا لقائل أن يقول: لم لايجوز الصلح على استحقاق الدعوى فقط فان ذلك حق، ويجوز الصلح على كل حق، لكن يرد عليه حينئذ أنه لو ثبت الحق (امتنع اخذه لعدم جريان الصلح عليه.

ويجاب بأن الصلح لو جرى على أصل الاستحقاق فان ثبت الحق)[١] أخذه وإلا كان له استحقاق الدعوى وطلب اليمين، وبالجملة فيقوم مقام المدعي، ولا بعد في ذلك، ويغتفر في الصلح ما لا يغتفر في غيره.

قوله: (ولو خرجت أغصان الجار اليه فله قطعها من حد ملكه إن لم يمكن العطف، وإن لم ياذن الحاكم).

أما أن له ذلك؛ فلأن شغلها ملكه بغير حق فله تفريغ ملكه منها، كما لو دخلت بهيمة داره، ولاموجب للتوقف على اذن الحاكم، فان ازالة العدوان عن ماله أمر جائز مع التمكن، لكن هل يتوقف جواز الإزالة على مطالبة المالك وامتناعه؟ يظهر من عبارة التذكرة ذلك[٢].

وفي الدروس: أنه يأمر صاحبها بقطعها، فان امتنع قطعها هو[٣]. واطلق في التحرير ثبوت الازالة له[٤]، وهو أظهر لأن ازالة العدوان عليه أمر ثابت له وتوقفه على اذن الغير ضرر.

ولو توقف على اذن المالك لكان اذا امتنع يتوقف على اذن الحاكم،

---

(١) مابين القوسين ساقط من «م».

(٢) التذكرة ٢: ١٨٩.

(٣) الدروس: ٣٨٤.

(٤) تحرير الأحكام ٢: ١٣٦.

فإن صالحه على الابقاء على الجدار صح مع تقدير الزيادة، أو انتهائها، والمدة، وكذا على الابقاء في الهواء على الأقوى.

وكذا البحث في العروق الممتدة، والحائط المائل الى هواء غيره، والخشبة الواقعة على ملك غيره.

ولا يسوغ له التصرف في مال الغير بغير اذنه، واذن من يقوم مقامه مع التمكن.

وهل يجب على الجار الازالة لو طالبه ذو الهواء بها؟ فظاهر التذكرة العدم، حيث حكم بأنه لا يجبر اذا امتنع لأنه من غير فعله، وجعل الاجبار احتمالا [1].

وصرح في التحرير بالوجوب ومع الامتناع بالاجبار [2]، وهو المختار.

ومثله ما لو مال جدار الجار، أو شرب عروق شجرته كما سيأتي، ولو قطعها مع امكان العطف ضمن، وهل يضمن المالك أُجرة هواء الغير لو مضت مدة طويلة؟ لا شبهة في الضمان مع تفريطه، قاله في الدروس [3]، وليس له ايقاد النار تحت الاغصان لتحترق بل القطع.

قوله: (فإن صالحه على الإبقاء على الجدار صح مع تقدير الزيادة أو انتهائها والمدة).

انتهاء الزيادة إنما هو بحسب ظن أهل الخبرة، فان زادت على خلاف الظن فله في الزيادة ما ذكرناه.

قوله: (وكذا على الإبقاء في الهواء على الأقوى).

أي: وكذا يصح الصلح على الإبقاء على الهواء، كما يصح على الإبقاء على الجدار، ومنع الشيخ من ذلك معللاً بأنه بيع للهواء من غير قرار [4]، وهو ضعيف لأن الصلح عقد مستقل بنفسه.

---

(١) التذكرة ٢: ١٨٩.

(٢) تحرير الأحكام ٢: ١٣٦.

(٣) الدروس: ٣٨٤.

(٤) المبسوط ٢: ٣٠٣.

ويصح الصلح عن المجهول، ديناً كان أو عيناً اذا لم يمكن معرفته، كما لو طحن قفيز حنطة وشعير ممتزجين، ولو علم أحدهما لم يصح إلا أن يعلم صاحبه.

ويصح الصلح عن كل ما يصح أخذ العوض عنه وإن لم يجز بيعه، كدم العمد، وسكنى الدار.

ولو صالح عن القصاص بعبد فخرج مستحقاً أو حُراً فالأقرب الرجوع بالقصاص.

قوله: (ويصح الصلح عن المجهول، ديناً كان أو عيناً، اذا لم يمكن معرفته، كما لو طحن قفيز حنطة وشعير ممتزجين).

اذا كان مالك كل من الحنطة والشعير غير مالك الآخر فامتزجا وطحنا، سواء كان قدر كل منهما معلوماً أم لا، صح الصلح لواحد من المالكين مع الآخر مع الجهالة، سواء جهالة القدر وجهالة العين.

واعلم أنه لا أثر لجهالة العين أصلاً، فانه يجوز بيع المشاع اذا كان معلوم القدر وإن كان خليطه أعلى ومن غير الجنس، واذا جاز البيع فالصلح أولى، أما مع جهالة القدر فان البيع لا يجوز ويجوز الصلح.

قوله: (ولو علم أحدهما لم يصح إلّا أن يعلم صاحبه).

أي: لو علم أحدهما فقط لم يصح؛ لأن في الصلح حينئذ خدعاً، ولرواية علي بن حمزة السالفة[١]، فلابد أن يعلم صاحبه ولو رضي بالصلح كائناً ما كان، قليلا كان المصالح عليه أو كثيراً جاز.

قوله: (ويصح الصلح عن كل ما يصح أخذ العوض عنه وإن لم يجز بيعه كدم العمد، وسكنى الدار).

ومثله الصلح عن عيب المبيع، سواء قل العوض أو كثر.

قوله: (ولو صالح عن القصاص بعبد فخرج مستحقاً، أو حراً

---

(١) الكافي ٥: ٢٥٩ حديث ٦، الفقيه ٣: ٢١ حديث ٥٤، التهذيب ٦: ٢٠٦ حديث ٤٧٢.

ولو صالح عن القصاص بحر يعلمان حريته، أو بعبد يعلمان استحقاقه ففي بطلان استحقاق القصاص، ووجوب الانتقال الى الدية نظر.

ولا يصح الصلح على ما لا يجوز أخذ العوض عنه، كالصلح مع امرأة لتقر له بالزوجية، أو مع شاهد ليمتنع من إقامة الشهادة، أوعن حد القذف.

فالأقرب الرجوع بالقصاص).

لأنه عقد باطل، فلا يترتب عليه سقوط القصاص، لأن سقوطه حينئذ اثر العقد الصحيح، والباطل لا يترتب عليه أثره. ويحتمل ضعيفاً الانتقال الى القيمة، لتضمن الصلح اسقاط القصاص على مال، فلا يعود القصاص بتعذره بل ينتقل الى قيمته. ويحتمل الرجوع الى الدية، لأن المقدر بالتراضي قد فات فيرجع الى المقدر الشرعي، وما قربه هو المختار.

قوله: (ولو صالح عن القصاص بحر يعلمان حريته، أو بعبد يعلمان استحقاقه، ففي بطلان استحقاق القصاص ووجوب الانتقال الى الدية نظر).

يحتمل بقاء استحقاق القصاص؛ لأن الصلح باطل، فلا يترتب عليه أثره، ويحتمل الرجوع الى الدية لتضمنه الرضى باسقاط القصاص على عوض، فاذا فات انتقل الى المقدر الشرعي دون القيمة، لعدم ارادتها، لعلمها بامتناع كون المذكور عوضاً فكيف يراد قيمته.

ويحتمل السقوط لا الى بدل، لأن التراضي على ما يمتنع كونه عوضاً بمنزلة التراضي على السقوط بغير عوض فيكون ابراء. وكلاهما ضعيف؛ لأن الباطل لا يؤثر ما تضمنه من الرضى، وارادة المجاز غير معلومة، والأصح بقاء القصاص.

قوله: (أو عن حد القذف).

لأنه إن كان حقاً لله تعالى لم يصح الصلح عنه، وإن كان حقاً له

ولو تداعيا جداراً بين ملكيهما وهو في ايديهما فيحكم لذي البينة، فإن فقدت فلمن اتصل به بناؤه مع اليمين، أو لمن جذعه عليه على رأي، أو

فكذلك؛ لأنه ليس من الحقوق المالية، ولا من توابعها، وإنما شرع لتنزيه[1] العرض، فلا يجوز أن يعاوض عن عرضه، ولو صالح عنه لم يسقط الحد؛ لأن الباطل لا أثر له، وهو مقرب التذكرة[2].

قوله: (ولو تداعيا جداراً بين ملكيهما، وهو في أيديهما فيحكم لذي البينة، فان فقدت فلمن اتصل به بناؤه مع اليمين....).

اذا تداعيا جداراً بين داريهما، فإما أن يكون متصلاً ببناء أحدهما اتصال توصيف، أي: تداخل الاحجار واللبن على وجه يبعد كونه محدثاً، أو كان له عليه قبة أو غرفة أو سترة أو جذع على ما سيجيء، أو لا يكون لأحدهما شيء من ذلك.

فان لم يكن لأحدهما شيء من ذلك استوت نسبتهما اليه، فهو في أيديهما، فمن أقام البينة حكم له به، وإن كان لأحدهما به اتصال فهو صاحب اليد فعليه اليمين مع فقد البينة، ولو كان ذلك لكل منهما فالحكم ما ذكره المصنف.

لكن قول المصنف: (وهو في أيديهما) على اطلاقه بحيث يتناول ما اذا اتصل به بناء أحدهما ليس بجيد؛ لأن اليد في هذا القسم لمن اتصل به بناؤه.

وإنما قلنا: أن العبارة تتناول هذا الفرد لقوله: (فيحكم لذي البينة فان فقدت فلمن اتصل به بناؤه) فانه يقتضي الحكم بالبينة في جميع صور المسألة، ومع فقدها يحكم لذي البناء المتصل، فيكون من صور المسألة.

وفيه شيء آخر، وهو أنه باطلاقه يقتضي الحكم لذي البينة وإن كانت ممن اتصل بناؤه، والمعتمد أن البينة إنما تعتبر من الخارج.

قوله: (أو لمن جذعه عليه على رأي).

---

(١) في «م»: لتبرئة.

(٢) التذكرة ٢: ١٩٤.

بناؤه، أو عقده، أو قبته، أو سترته.

ولو كان متصلاً بها، أو محلولاً عنها ولا طرح لأحدهما ولا غيره فمن حلف فهو له مع نكول صاحبه، فإن حلفا أو نكلا قضى لهما به.

ولا يرجّح بالدواخل كالطاقات والمحاريب،

خالف في ذلك الشيخ، ومنع من كون الجذوع على الجدار سبباً للترجيح[1]، وظن الشارح أن الرأي اشارة الى قول الشيخ بان القول بالقرعة فى هذه المسائل قوي[2]. وليس بجيد؛ لأن من جملة المسائل التي قال الشيخ فيها بالقرعة ما اذا اتصل به بناؤه، أو عقده، أو قبته. والمصنف جعل الرأي في الجذع فقط، حيث قدّمه على البواقي، فلا يكون اشارة الى قول الشيخ هذا.

قوله: (ولو كان متصلاً بها، أو محلولاً عنها ولا طرح لأحدهما، ولا غيره فمن حلف فهو له مع نكول صاحبه).

المراد بكونه (محلولاً عنها) مقابل كونه (متصلاً بها) والمراد بقوله: (لا طرح لأحدهما ولا غيره) أن لا يكون عليه جذوع ونحوها، فلو كان عليه شيء من ذلك كانت اليد لصاحب الطرح؛ لثبوت التصرف له، فاذا خلا من ذلك كله فمن حلف أنه له مع نكول الآخر استحقه.

واعلم أنه لا بد في تصوير المسألة، من أن لا يكون موضع الجدار معلوماً كونه لهما أو لأحدهما، فان من كان في ملكه كله أو شيء منه فهو صاحب اليد.

قوله: (فإن حلفا...).

أي: حلف كل منهما أنه له.

قوله: (ولا يرجح بالدواخل).

أي: في الجدار.

---

(١) المبسوط ٢: ٢٩٦.

(٢) ايضاح الفوائد ٢: ١١١.

ولا بالخوارج كالصور والكتابات بجص أو آجر، ولا بالروازن والشبابيك وفي رواية يرجح في الخص بمعاقد قمطه.

قوله: (ولا بالخوارج).

أي: فيه بحيث يخرج عن سمت وجه الجدار كالنقوش بالجص والآجر.

قوله: (وفي رواية يرجح في الخص بمعاقد قمطه).

هي رواية عمرو بن شمر، عن جابر، عن أبي جعفر عليه السلام، عن أبيه، عن علي عليه السلام: أنه قضى في رجلين اختصما في خص «أن الخص للذي اليه القمط»[1] قال الشيخ في النهاية: قالوا: القمط هو الحبل، والخص هو الذي يكون في السواد بين الدور، فكان من اليه الحبل هو أولى من غيره[2].

وقال في التذكرة: معاقد القمط تكون في الجدران المتخذة من القصب وشبهه، واغلب ما يكون ذلك في السور بين السطوح، فتشد بحبال أو بخيوط، وربما جعل عليها خشبة معترضة، ويكون العقد من جانب والوجه المستوي من جانب[3].

ووجه الترجيح مع الرواية، أن الظاهر أن من كانت اليه المعاقد وقف في ملكه وعقد وهو المختار. وفي القاموس القِمط بالكسر: حبل يشد به الاخصاص[4]، وفي نهاية ابن الاثير: القمط جمع قماط: وهي الشرط التي يشد بها الخص ويوثق من ليف أو خوص أو غيرهما، ومعاقد القمط تلي صاحب الخص.

والخص: البيت الذي يعمل من القصب، هكذا قال الهروي بالضم، وقال الجوهري: القمط بالكسر كأنه عنده واحد[5]، هذا آخر كلام ابن الأثير،

---

(١) الفقيه ٣: ٥٧ حديث ١٩٧.

(٢) النهاية: ٣٥١.

(٣) التذكرة ٢: ١٩١.

(٤) القاموس المحيط (قمط) ٢: ٣٨٢.

(٥) النهاية: ٤: ١٠٨-١٠٩.

ولو شهدت البينة لأحدهما بالملك صار صاحب يد في الاس.

ويحكم لصاحب الأسفل بجدران البيت مع اليمين، ولصاحب العلو بجدران الغرفة، أما السقف فإن لم يمكن احداثه بعد بناء العلو كالازج الذي لا يمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده في العلو فهو لصاحب السفل؛ لاتصاله ببنائه على الترصيف،

ومثله ذكر الزمخشري في الفائق [1].

قوله: (ولو شهدت لأحدهما البينة صار صاحب يد في الأُسس).

الظاهر أن المراد به مكان الأساس؛ لأن الأساس ـ وهو المستتر من الحائط ـ داخل في شهادة البينة بكون الجدار له، فلا معنى لحصول اليد فيه بالبينة.

قوله: (ويحكم لصاحب الأسفل بجدران البيت مع اليمين، ولصاحب العلو بجدران الغرفة).

أي: مع اليمين، نظراً الى ما بيد كل واحد منهما، فان جدران البيت جزؤه وجدران الغرفة جزؤها، وهذا إنما هو مع عدم البينة.

قوله: (أما السقف فان لم يمكن احداثه بعد بناء العلو، كالازج الذي لا يمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده في العلو فهو لصاحب السفل، لاتصاله ببنائه على الترصيف).

الازج: بناء معروف يعقد فوق الجدران بالجص والآجر غالباً، ولا ريب أن هذا النوع من البناء إنما يفعل قبل امتداد الجدار في العلو؛ لأنه لا بد من اخراج بعض الأجزاء، ونحوه عن سمت وجه الجدار عند قرب محل العقد، ليكون حاملاً للعقد، فيحصل الترصيف بين السقف والجدران، وهو دخول آلات البناء من كل منهما في الآخر، وذلك دليل على أنه لصاحب الاسفل، فان اتصاله ببنائه اقتضى كون اليد له.

---

(١) الفائق ٣: ٢٢٦.

وإن كان بحيث يمكن احداثه كجذع يثقب له في وسط الجدار، ويجعل البيت بيتين، فهما مشتركان فيه فيحتمل التسوية؛ لأنه أرض لصاحب العلو، وسماء لصاحب السفل، واختصاص الأول والثاني.

فلو تنازع صاحب البيوت السفلى وصاحب العليا في العرصة، فإن كان المرق في صدر الخان تساويا في المسلك الى العلو، واختص الأسفل

قوله: (وإن كان بحيث يمكن احداثه كجذع يثقب له في وسط الجدار، ويجعل البيت بيتين فهما مشتركان فيه، فيحتمل التسوية؛ لأنه أرض لصاحب العلو وسماء لصاحب السفل، واختصاص الأول والثاني).

أي: ويحتمل اختصاص الأول به ـ وهو صاحب العلو ـ لأنه متصرف فيه دون الآخر، ولانهما متصادقان على أن الغرفة للأعلى، ويستحيل وجودها بدون أرض، بخلاف السفل فانه يتصور بغير سقف وإن كان خلاف الغالب، وكونه سماء له لا يقتضي كونه ملكاً له ولا تحت يده.

ويحتمل اختصاص الثاني به ـ وهو صاحب السفل ـ لشدة احتياجه اليه، ولأن الغرفة على البيت فلا تتحقق إلا بعده، والبيت لا يتم إلا بالسقف. وفيه نظر؛ لأن ذلك هو الغالب، ولاختصاص صاحب العلو بالتصرف، وعدم ثبوت ما يقتضي اليد لصاحب السفل، والأصح الثاني.

وذهب الشيخ في المبسوط والخلاف الى القرعة[١]، وما اخترناه هو المعتمد. واعلم أن عبارة المصنف غير جيدة؛ لأن تفريعه احتمال التسوية واحتمال الاختصاص لكل منهما على اشتراكهما فيه معلوم الفساد.

قوله: (ولو تنازع صاحب البيوت السفلى وصاحب العليا في العرصة، فان كان المرق في صدر الخان تساويا في المسلك الى العلو).

---

(١) المبسوط ٢: ٣٠٠، والخلاف ٢: ٧٦ مسألة ٨ كتاب الصلح.

بالباقي. ولو كان في الدهلين أو في أول الباب فن أول الباب الى المرقى بينهما، والباقي للأسفل.

ولو خرج المرقى عن خطة الخان فالعرصة بأجمعها للأسفل، ويقضى بالدرجة لصاحب العلو، ويتساويان في الخزانة تحتها، كل ذلك مع اليمين.

المراد بصدر الخان: نهايته في السعة، وهو آخر خطته في الجهة المقابلة للباب، وإنما تساويا في المسلك لأنه طريق لكل واحد منهما الى ملكه، فتكون اليد لهما. واحتمل في الدروس الاشتراك بينهما في العرصة؛ لأن صاحب الأعلى لايكلف المرور على خط مستو[1]، وفيه مافيه.

قوله: (ولو كان في الدهلين، أو في أول الباب فن أول الباب الى المرقى بينهما، والباقي للاسفل).

الاشتراك إنما يأتي في الصورة الأُولى، إذ المرقى في الثانية في أول الباب، ويمكن أن يقال: لابد من الباب والصعود في المرقى، فالاشتراك الى أول المرقى.

قوله: (ويتساويان في الخزانة تحتها).

لأن كلاً منهما له شاهد بالملك، إذ الظاهر أن الدرج لصاحب العلو، فيكون مكانه له، لأن الهواء تابع للقرار، وكذا الظاهر أن الخزانة كسائر البيوت السفلى، وهي متصلة بملك الأسفل.

واحتمل في التذكرة اختصاص الأعلى بها، واختصاص الأسفل، والقول بالشركة هو المختار[2]. والخِزانة بالكسر ككتابة قاله في القاموس[3].

قوله: (كل ذلك مع اليمين).

أي: في جميع المسائل، سواء التي جعلناهما معا صاحب يد، والتي رجحنا

---

(١) الدروس: ٣٨٥.

(٢) التذكرة ٢: ١٩١ـ١٩٢.

(٣) القاموس المحيط (خزن) ٤: ٢١٩.

والمسناة بين الملكين كالجدار.

فيها واحداً، فان اليمين على صاحب اليد لأنه المنكر.

قوله: (والمسناة بين الملكين...).

المسناة اكبر من المرز.



فهرس الموضوعات

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

الرهن

مركز تحقيقات كامپيوتري علوم اسلامي

مركز تحقيقات كامپيوتری علوم اسلامی

الضمان

الضمان بالمال

الحوالة

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

الكفالة

الصلح

مركز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی